Fernando Gascón Inchausti
y Pilar Peiteado Mariscal (Dirs.)

ESTÁNDARES EUROPEOS Y PROCESO CIVIL

HACIA UN PROCESO CIVIL CONVERGENTE CON EUROPA

Atelier
LIBROS JURÍDICOS

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN

Estándares europeos y proceso civil

Hacia un proceso civil convergente con Europa

Fernando Gascón Inchausti

Pilar Peiteado Mariscal

Directores

Estándares europeos y proceso civil

Hacia un proceso civil convergente con Europa

AUTORES

Felip Alba Cladera
Alicia Bernardo San José
Marina Cedeño Hernán
Ignacio José Cubillo López
Fernando Gascón Inchausti
Burkhard Hess
Lena Hornkohl
Francisco López Simó
Juan Carlos Ortiz Pradillo
Pilar Peiteado Mariscal
Bárbara Sánchez López
Carlos Santaló Goris
Guillermo Schumann Barragán
Thomas W. Thamm
Enrique Vallines García
María Luisa Villamarín López

Atelier
LIBROS JURÍDICOS

Este libro forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación «Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros» (PGC2018-094693-B-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada fen cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2022 Los autores

© 2022 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibrosjuridicos.com
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18780-76-9

Depósito legal: B 23207-2022

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

Índice

INTRODUCCIÓN. EL ANÁLISIS DEL PROCESO CIVIL ESPAÑOL DESDE EL PRISMA DEL DERECHO EUROPEO: ENTRE LA UTILIDAD Y LA NECESIDAD 11
Fernando Gascón Inchausti y Pilar Peiteado Mariscal

PRIMERA PARTE

EL PROCESO CIVIL DESDE UNA PERSPECTIVA GENERAL Y TRANSVERSAL

CAPÍTULO 1. ENTRE LA ORALIDAD TELEMÁTICA Y LA ESCRITURA DIGITAL: ¿CAMINAMOS FELICES HACIA EL «MEDIEVO DIGITAL»? 19
Bárbara Sánchez López

CAPÍTULO 2. LA GESTIÓN Y LA FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO: ¿UN PROCESO CIVIL CONVERGENTE CON EUROPA? 117
Guillermo Schumann Barragán

CAPÍTULO 3. ASISTENCIA DE LETRADO Y FACULTADES DE AUTODEFENSA: ¿MENOS ABOGADOS? 155
Ignacio José Cubillo López

CAPÍTULO 4. INFLUENCIA DE LOS ESTÁNDARES EUROPEOS EN EL RÉGIMEN PROCESAL ESPAÑOL DE NOTIFICACIONES 193
María Luisa Villamarín López

CAPÍTULO 5. EL PROBLEMA DE LA ASIMETRÍA INFORMATIVA Y EL ACCESO A LAS FUENTES PROBATORIAS: INFLUJO EUROPEO Y POSIBILIDADES DE REFORMA EN ESPAÑA 245
Felip Alba Cladera

CAPÍTULO 6. EL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y LA PROTECCIÓN DE INFORMACIÓN CONFIDENCIAL EN EL PROCESO CIVIL. MODELOS EUROPEOS Y CONVERGENCIA 271
Pilar Peiteado Mariscal

CAPÍTULO 7. ACCESO A LA JUSTICIA Y TASAS JUDICIALES EN ESPAÑA A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES EUROPEOS 335
Francisco López Simó

CAPÍTULO 8. ESTÁNDARES EUROPEOS Y ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. 369
Francisco López Simó

CAPÍTULO 9. LA CONDENA EN COSTAS PROCESALES: UN ANÁLISIS EN CLAVE EUROPEA 417
Felip Alba Cladera

CAPÍTULO 10. ESTÁNDARES EUROPEOS DE MÉTODOS ADR Y SU ENCAJE EN EL PROCESO CIVIL EN ESPAÑA. 441
Juan Carlos Ortiz Pradillo

SEGUNDA PARTE

EL PROCESO CIVIL A TRAVÉS DE ACTUACIONES E INSTITUCIONES CONCRETAS

CAPÍTULO 11. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LOS PODERES DEL JUEZ EN EL PROCESO DECLARATIVO: LA EXTENSIÓN DE LA ACTUACIÓN DE OFICIO COMO CAUCE PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES 487
Marina Cedeño Hernán

CAPÍTULO 12. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS PROCESOS EUROPEO Y ESPAÑOL PARA LAS DEMANDAS DE ESCASA CUANTÍA.¿LA EUROPEIZACIÓN DEL JUICIO VERBAL? 535
Alicia Bernardo San José

CAPÍTULO 13. LA REFORMA NECESARIA DEL PROCESO MONITORIO EN ESPAÑA: ¿HACIA UNA GENERALIZACIÓN DEL PROCESO MONITORIO EUROPEO? 601
Enrique Vallines García

CAPÍTULO 14. LA PROTECCIÓNDE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL: UNA VISIÓN DESDE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. 649
Lena Hornkohl

CAPÍTULO 15. EXCESOS Y DEFECTOS EN LA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL NACIONAL A LOS ESTÁNDARES EUROPEOS: UNA VISIÓN DESDE LA REGULACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS 673
Carlos Santaló Goris

CAPÍTULO 16. ACCIONES COLECTIVAS Y DERECHO EUROPEO: EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA 2020/1828 SOBRE EL SISTEMA PROCESAL ESPAÑOL. 699
Fernando Gascón Inchausti

CAPÍTULO 17. LA LITIGACIÓN ASOCIADA AL *DIESELGATE* EN ALEMANIA COMO MUESTRA DE LAS DIFICULTADES QUE AFRONTAN LOS SISTEMAS NACIONALES DE TUTELA COLECTIVA 749
Thomas W. Thamm

CAPÍTULO 18. COOPERACIÓN JUDICIAL DIGITAL EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA. LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL 763
Burkhard Hess

Introducción. El análisis del proceso civil español desde el prisma del derecho europeo: entre la utilidad y la necesidad

Fernando Gascón Inchausti y Pilar Peiteado Mariscal***

1. La influencia del Derecho de la Unión Europea sobre los ordenamientos procesales civiles nacionales no es un fenómeno reciente, aunque su interés académico ha cobrado un vigor especial en los últimos años, singularmente desde el ejercicio por las instituciones europeas de las competencias legislativas que les atribuyó el Tratado de Ámsterdam y que se asentaron en el de Lisboa.

2. Al amparo del artículo 81.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y siempre con el principio de reconocimiento mutuo como piedra angular del sistema, se han aprobado numerosos reglamentos y directivas con el propósito de mejorar la eficacia de la litigación transfronteriza, necesaria a su vez para avanzar en la construcción de la Unión Europea como un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La actuación del legislador europeo ha determinado así, por ejemplo, que todos los Estados miembros tengan, para los asuntos transfronterizos intraeuropeos, las mismas reglas de competencia internacional y de litispendencia internacional, así como el mismo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales; y ello no solo en materia patrimonial privada, sino también en muchos otros ámbitos de la vida jurídica (incluidas las relaciones familiares y las sucesiones). Lo mismo puede decirse de los instrumentos básicos para la cooperación judicial internacional, sea para la práctica de notificaciones o para la obtención de pruebas en los demás Estados miembros.

También ha servido el artículo 81 TFUE como fundamento para crear procedimientos genuinamente europeos —el proceso monitorio europeo, el proceso europeo

* Catedrático de Derecho Procesal – Universidad Complutense de Madrid – Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)

** Profesora Titular de Derecho Procesal – Universidad Complutense de Madrid.

de escasa cuantía y el proceso para la adopción de una orden europea de retención de cuentas—, que se han incorporado directamente al catálogo de herramientas de tutela disponibles en cada sistema nacional de justicia, en concurrencia, de hecho, con las previstas a nivel interno por los legisladores nacionales para lograr objetivos funcionalmente similares.

Estas normas de origen europeo y pensadas para ser aplicadas únicamente en asuntos transfronterizos han mostrado una fuerza de irradiación evidente y han provocado, en mayor o medida, reformas en clave interna, a veces por imitación, a veces para evitar agravios comparativos a los justiciables. Así, por ejemplo, el sistema de reglas de competencia internacional previsto en los artículos 22 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial sigue con bastante fidelidad el modelo del Reglamento Bruselas I bis. Y, sin duda, la eclosión de la mediación se debe a la necesidad de trasponer la Directiva de 2008, a pesar de que esta solo la imponía para los litigios transfronterizos.

3. Pero es que, además, debe tenerse en cuenta que el artículo 81.2 TFUE no es el único precepto que confiere potestades legislativas a la UE con potencial incidencia sobre el proceso civil. El artículo 114 TFUE, que habilita en general para promover la aproximación de legislaciones, puesto en relación sobre todo con el artículo 26, que establece el objetivo prioritario del buen funcionamiento del mercado interior, se ha usado ya varias veces como base para armonizar los derechos procesales nacionales, como medida necesaria para asegurar la plena eficacia de normas materiales sectoriales también armonizadas a nivel europeo. Así ha sucedido, con claridad, con las normas para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores, que han servido de base a la aprobación de las directivas de 1998 y 2009 sobre acciones de cesación y, más recientemente, a la directiva de 2020 sobre acciones de representación, así como a la directiva de 2013 sobre ADR de consumo. Lo mismo se advierte en relación con la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial (con la directiva de 2004), el resarcimiento de los daños derivados de conductas anticompetitivas (con la directiva de 2014) o la protección de los secretos comerciales (con la directiva de 2016).

En todos estos casos, las normas europeas no se han ceñido a los litigios transfronterizos, sino que su intención inicial y directa ha sido forzar cambios en las legislaciones procesales nacionales porque su armonización era en sí misma necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior. Se produce con ello una suerte de avance «sectorial» de la armonización de los ordenamientos procesales, que también tiene una fuerza expansiva, capaz de proyectarse sobre el resto del sistema: así, v.g., puede resultar chocante que quienes pretenden ejercer acciones para la tutela de derechos de propiedad intelectual, debido a la acción normativa europea, dispongan de mecanismos especiales y reforzados de acceso a fuentes de prueba que los ordenamientos nacionales, en cambio, no brindan de ordinario a

los litigantes en procesos que versen sobre otra materia; y esta diferencia de trato puede provocar, a la larga, una reforma procesal interna que equipare los niveles de tutela ordinarios con aquellos, reforzados, existentes para sectores especiales.

4. Esta obra colectiva toma este fenómeno del impacto del Derecho de la UE sobre los ordenamientos procesales nacionales como punto de partida, pero para poder afrontarlo desde una perspectiva nueva: se trata de pasar a un análisis «de abajo hacia arriba», es decir, partiendo de la legislación procesal interna y valorando hasta qué punto la normativa europea le ofrece patrones de mejora realmente aprovechables, más allá de aquello que resulta necesario, es decir, derivado de la obligación de trasponer directivas y de hacer operativos los reglamentos europeos. Se asume, en otros términos, que la legislación procesal interna —en nuestro caso, la española— es siempre susceptible de mejora y de adaptación a las nuevas realidades socioeconómicas, singularmente a resultas de la digitalización; y se trata de verificar hasta qué punto la actividad normativa europea *(lato sensu)* ofrece ejemplos de regulación que sirvan de modelo para la reforma a mejor de la normativa interna.

Pensamos que este enfoque debería ser el colofón o el propósito último de la investigación en esta materia: considerar la interrelación entre la normativa procesal de origen europea y los ordenamientos procesales nacionales como oportunidad para el avance de estos últimos, con repercusiones en ambos extremos de la relación. Los legisladores nacionales, de un lado, pueden aprovechar el trabajo hecho a nivel europeo como fuente de buenas prácticas; pero, al mismo tiempo, el legislador europeo debe ser consciente del valor ejemplar de su normativa y debe, en consecuencia, tenerlo en cuenta durante el proceso de su elaboración.

5. Lo anterior explica la estructura metodológica sobre la que se asientan los diversos trabajos que componen esta obra. Antes que nada, se han identificado ciertos sectores o parcelas de nuestro ordenamiento procesal civil en los que, de un lado, se aprecian deficiencias y necesidades de mejora y, simultáneamente, se advierte *a priori* que desde instancias europeas se pueden estar ofreciendo modelos o propuestas válidas de mejora.

En relación con cada uno de estos sectores, se ha tratado de detectar cuáles son —si es que realmente los hay— los estándares europeos o, si se prefiere, las «buenas prácticas» o las «mejores prácticas» europeas que se pueden inferir. ¿De dónde pueden extraerse o inferirse esos modelos de regulación?

i) A veces, esos estándares se hallan en las propias normas europeas ya aprobadas. Así, el proceso monitorio europeo, el proceso europeo de escasa cuantía o la orden europea de retención de cuentas son buenos ejemplos, antes que nada, de lo que el legislador europeo considera adecuado para abordar los

obstáculos asociados a la dimensión transfronteriza de los instrumentos para la tutela del crédito. Pero también se puede inferir de ellos lo que desde instancias europeas se considera sustancialmente preferible, al margen del elemento transfronterizo, para lograr mecanismos eficaces de tutela del crédito dinerario.

ii) En muchos casos es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que identifica buenas prácticas; y lo hace, a menudo, por la vía inversa de señalar que una determinada norma o práctica nacional resulta incompatible con la legislación europea —incluso, con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales—. También, y por razones similares, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es fuente de estándares, al ofrecer en relación con aspectos concretos del proceso (como puede ser la primera notificación de la demanda al demandado) qué es lo que reclama el derecho a un proceso justo.

iii) Por supuesto, las propuestas normativas, aunque no hayan culminado aún o aunque se hayan desechado, son reflejo de consensos acerca del mejor modo de regular una determinada cuestión. Piénsese, v.g., en el valor que tienen a estos efectos las normas de procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes. Lo mismo cabe decir de la propuesta de directiva sobre normas comunes mínimas en los procesos civiles en Europa, que se elevó a la Comisión desde el Parlamento Europeo en 2017.

iv) Finalmente, también son un claro caladero de buenas prácticas y, por tanto, de modelos de regulación para los legisladores nacionales, los instrumentos de *soft law*. Entre ellos destacan, por su alcance y su método de elaboración, las *European Rules of Civil Procedure* aprobadas conjuntamente por el *European Law Institute* (ELI) y UNIDROIT en 2020, tras un extenso y prolongado trabajo de comparación jurídica, que permitió detectar las mejores soluciones a las necesidades que suscita hoy en día un sistema de justicia civil eficiente. Las *European Rules* se presentan así como un conjunto sistemático de normas a través de las que se diseña un modelo de proceso civil con potencial para resultar operativo en cualquier país europeo.

6. Una vez identificados, la regulación y la práctica procesal española en cada uno de los sectores objeto de análisis se ha sometido al tamiz de dichos estándares, desde una perspectiva crítica, pero también objetiva. No se asume, pues, que todo lo que provenga de instancias europeas ha de ser ineludiblemente mejor o más eficaz a nivel nacional. De un lado, porque algunos estándares, como ya se ha apuntado, solo tienen sentido en contextos transfronterizos. De otro, porque no siempre los estándares europeos son fácilmente compatibles con la cultura jurídica procesal de cada Estado miembro; y, aunque en algunos puntos es necesario despegarse de costumbres y tradiciones insostenibles, también son importantes aquellos elementos de nuestras culturas jurídico-procesales que merecen conservarse por su valor añadido o que en realidad no es necesario modificar.

7. Con este enfoque, se han abordado en primer término una serie de cuestiones generales o transversales: la encrucijada a la hora de optar por la oralidad y la escritura como formas del procedimiento, teniendo en cuenta el impacto disruptivo de las nuevas tecnologías (Bárbara Sánchez); la utilidad de la llamada «flexibilidad procedimental» para lograr una mejor gestión procesal (Guillermo Schumann); la conveniencia de reducir drásticamente el ámbito en que es necesaria la asistencia de letrado en nuestro proceso civil (Ignacio Cubillo); la necesidad de disponer de herramientas más eficaces, pero seguras, de notificación (María Luisa Villamarín); la mejora en el acceso a las fuentes de prueba (Felip Alba); las tensiones entre la publicidad de las actuaciones y las exigencias, cada vez mayores, de proteger información confidencial (Pilar Peiteado); la trascendencia económica del proceso en tres aspectos nucleares, que condicionan el acceso a la tutela judicial de los derechos, como son las tasas judiciales y la asistencia jurídica gratuita (Francisco López Simó) y la regulación de la condena en costas como herramienta reequilibradora (Felip Alba); por último, la conveniencia de potenciar el encaje de los mecanismos de solución extrajudicial de controversias en el marco del proceso judicial (Juan Carlos Ortiz).

Junto a ellas, se ha estudiado también el modo en que los estándares europeos exigen o permiten una nueva regulación procesal en relación con actuaciones e instituciones concretas: la reconfiguración del principio dispositivo en los procesos para la tutela de los consumidores (Marina Cedeño); el tratamiento de la llamada «litigación de bagatela» (Alicia Bernardo); la reforma del proceso monitorio (Enrique Vallines); los mecanismos para la protección de información confidencial en los procesos de reclamación de daños derivados de infracciones a las normas sobre defensa de la competencia (Lena Hornkohl); las medidas cautelares y la regulación de la orden europea de retención de cuentas (Carlos Santaló); y el tratamiento de la litigación colectiva (Fernando Gascón y Thomas Tamm). Culmina todo con una suerte de vuelta al principio, esto es, con la litigación transfronteriza y la nueva dimensión digital de la cooperación judicial en la Unión (Burkhard Hess).

8. Esta obra tiene su origen en un seminario celebrado en la Universidad Complutense de Madrid los días 31 de mayo y 1 de junio de 2022, titulado «Proceso civil y Derecho europeo: ¿Cumple el proceso civil español con las exigencias y estándares europeos?», cuyos ponentes fueron precisamente los autores de los trabajos que ahora ven la luz. Con la publicación de esta obra, de hecho, culmina y se cierra el proyecto de investigación «Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros» (PGC2018-094693-B-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, que hemos tenido el privilegio de dirigir durante estos últimos años. Como todo proyecto de investigación, ha salido adelante gracias al esfuerzo conjunto de todos los miembros del equipo, que le han dedicado gran parte de su tiempo y de su esfuerzo investigador. Es de justicia agradecerles ahora, de manera pública, su compromiso y su calidad, tanto humana como científica. Es igualmente

debido agradecer su gran implicación en la ejecución de este proyecto al *Max Planck Institute for Procedural Law* de Luxemburgo y de forma singular a su director, el Prof. Burkhard Hess: tanto él como sus colaboradores se han integrado en el equipo y han contribuido de forma decisiva a su desarrollo, en clara muestra de los logros que se generan con la estrecha y fecunda relación entre equipos de investigación.

PRIMERA PARTE

EL PROCESO CIVIL DESDE UNA PERSPECTIVA GENERAL Y TRANSVERSAL

Capítulo 1 | Entre la oralidad telemática y la escritura digital: ¿caminamos felices hacia el «medievo digital»?

*Bárbara Sánchez López**

SUMARIO*:* 1. EFICIENCIA DE LA JUSTICIA Y DIGITALIZACIÓN: OBJETIVO POLÍTICO DEL CONSEJO DE EUROPA Y FINALIDAD DEL PLAN JUSTICIA 2030. 2. FORMAS Y EFICIENCIA PROCESAL A TRAVÉS DE LOS INDICADORES DE DURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ASUNTOS. 2.1. Los datos de eficiencia del CEPEJ sobre el sistema judicial español (año 2020): *2.1.1. La insuficiencia de la tasa de duración para definir la eficiencia procesal; 2.1.2. La primera instancia como instancia time-consuming: falsas impresiones; 2.1.3. La correlación entre la ineficiencia contencioso-administrativa y la composición colegiada del tribunal decisor.* 2.2. Las fuentes españolas: las tasas de eficiencia del CGPJ. *2.2.1. Indicadores de congestión de la justicia civil; 2.2.2. Los datos sobre duración de los asuntos civiles; 2.2.3. La duración de la segunda instancia civil y penal; 2.2.4. Las altas tasas de congestión y duración de la Sala 1.ª TS.* 2.3. Las quejas relativas al funcionamiento de los tribunales como marcador de ineficiencias. 3. ¿CORRELACIÓN CAUSAL O CIRCUNSTANCIADA ENTRE DURACIÓN Y FORMA DE LAS INSTANCIAS DEL PROCESO CIVIL ESPAÑOL? 3.1. La necesidad de contextualizar la duración de las instancias civiles. 3.2. ¿Mayor oralidad en la segunda instancia civil? 3.3. La falta de correlación entre formas y males endémicos del proceso de ejecución. 4. LA DIGITALIZACIÓN DEL PROCESO: ¿ORALIDAD, ESCRITURA O *TERTIUM GENUS*? 5. LA MIRADA AL PASADO: LA ORALIDAD COMO ASPIRACIÓN DE JUSTICIA ACCESIBLE, FISCALIZABLE Y DE CALIDAD. 6. LA MIRADA AL PRESENTE: LA ORALIDAD CONQUISTADA Y SUS CESIONES. 6.1. La grabación de vistas como clave del éxito de la oralidad y fuente de problemas técnicos. 6.2. Los excesos y los retrocesos de la oralidad: *6.2.1. La generalización de la contestación escrita en el juicio verbal; 6.2.2. El carácter eventual o no necesario de la celebración de los juicios verbales civiles; 6.2.3. El declive de la oralidad en los procesos transfronterizos.* 6.3. La forzada «transición hacia la inmediación digital» por obra de la Covid-19: *6.3.1. La justicia semiconfinada de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre; 6.3.2. La Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas del CGPJ.* 7. EL MIRADA AL FUTURO A TRAVÉS DE LA CIBERJUSTICIA CHINA. 7.1. La reforma de la ciberjusticia china de 2021. 7.2. La voluntariedad y la conmutación de la tramitación electrónica del litigio. 7.3. La escrituración/digitalización de las pruebas. 7.4. La celebración de las audiencias del litigio en línea: *7.4.1. La presencia del juez (¿avatar?) en las vistas; 7.4.2. Procedencia y modalidades de celebración de las vistas; 7.4.3. Elementos ambientales de la vista en línea y comparecencia de los sujetos.* 7.5. Los juicios penales telemáticos. 7.6. La publicidad de las actuaciones en línea. 7.7. Epílogo sobre las ORL. 8. *¿QUID* DE ESPAÑA? ¿CAMINAMOS FELICES HACIA EL «MEDIEVO DIGITAL»? 8.1. La generalizada celebración telemática de vistas en el

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal - Universidad Complutense de Madrid - Miembro del IDEIR - ORCID 0000-0002-8530-1907 - basanche@ucm.es

PLMEP. 8.2. El destierro de la oralidad en el PLMEP del mal llamado «juicio verbal». 8.3. La oralidad de las resoluciones interlocutorias y de las sentencias. 9. CONCLUSIONES. 10. BIBLIOGRAFÍA.

1. Eficiencia de la justicia y digitalización: objetivo político del Consejo de Europa y finalidad del plan justicia 2030

1. Ningún sistema de justicia puede permanecer ajeno a los cambios políticos, económicos, sociales, tecnológicos y de todo orden, que suceden alrededor. Ninguno de ellos, probablemente, los abanderará, pero tampoco puede quedarse al margen. En la actualidad, uno de los retos a los que nos enfrentamos es impartir justicia en una sociedad caracterizada por el crecimiento exponencial del comercio y de los intercambios económicos, en especial los de pequeña intensidad como en el ámbito del consumo y del turismo, que disparan el volumen total de la litigiosidad; y hacerlo, en un contexto a menudo deslocalizado, entre personas que valoran la portabilidad en sus relaciones sociales y económicas y que, consecuentemente, demandan también inmediatez en la satisfacción de sus necesidades jurídicas, al mismo tiempo que se mantiene la confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia y se consolida su legitimidad social.

En la medida, pues, en que cambia el escenario en el que se desarrollan el tráfico jurídico-económico y los contactos interpersonales, cambia también el escenario de la justicia civil y el legislador ha de ser capaz de diseñar una respuesta ágil, rápida y eficiente a los conflictos privados por parte de los tribunales. Esto nos sitúa ante el reto que, en homenaje a la síntesis y en ahorro del lenguaje, se condensa en la consecución de la llamada «eficiencia procesal». ¿Pero qué encierra esta totémica idea? ¿Cuánto tiene de aprehensible? ¿Cuáles son los atributos que distinguen un sistema de justicia «eficiente» de uno «ineficiente»? Más aún: ¿tomamos por «eficiencia» lo que, sin el barniz de las palabras, deberíamos llamar sin más «economía procesal»? Esta última equiparación, sin ser completamente cierta, es la que está más cerca —como veremos— de ser válida, puesto que intuye que la eficiencia comporta la proporcionalidad de los medios puestos al servicio del fin, que es una idea que justamente evoca la finalidad de la economía como ciencia. Pero dicho esto, no deberíamos caer en el simplismo de identificar la eficiencia procesal con una menor duración de los tiempos de la justicia, puesto que no se trata solo de reducir tiempos; ni siquiera de conseguir primordialmente este objetivo, sino solo en cuanto la menor duración salvaguarde la calidad de la justicia y, al cabo, la legitimidad del sistema llamado a impartirla. Esto no puede dejar de ser el norte que guíe a toda legislación procesal.

Pues bien, aunque existen varios ingredientes en la receta de la eficiencia procesal, la atención de este trabajo se ha fijado en dos, de carácter formal, que conforman el diseño o modelo predominantemente oral o escrito del proceso civil en sus dife-

rentes instancias, aun a sabiendas que no son los únicos que determinan orgánica y procesalmente la eficiencia de un sistema de justicia.

2. Hablar hoy de eficiencia en el ámbito de la justicia desde las coordinadas españolas implica referirse necesariamente al Plan Justicia 2030. El Plan Justicia 2030 es un ambicioso plan decenal de modernización de la justicia que debutó el día 19 de mayo de 2021 con su presentación en la Comisión de Justicia del Congreso por el Excmo. Sr. Ministro de Justicia de la XIV Legislatura, D. Juan Carlos Campo Moreno[1], y al que está dedicada toda una web para mayor difusión y conocimiento de los nueve programas que se proponen la accesibilidad, la eficiencia y la sostenibilidad de la justicia[2]. De todos ellos, específicamente el Programa 2 titulado Plan de eficiencia del Servicio Público de Justicia, tiene por objetivo la eficiencia de la justicia y se propone medirla «*en reducción de tiempos y satisfacción de la ciudadanía, pero también en una eficiente asignación de recursos invertidos, impacto ambiental y capacidad de gestión de datos*». De la magnitud de este Plan de eficiencia da cuenta la amplitud y el profundo cambio que suponen los tres subprogramas —que abrazan un total de 41 subproyectos— que lo conforman y que legislativamente se están desarrollando en paralelo, a saber:

— El programa de eficiencia organizativa, con el proyecto 121/000098 de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, como eje del rediseño de los tribunales y de las Oficinas de Justicia[3].
— El programa de transformación digital, que se materializa en el proyecto 121/000116 de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia aprobado en el Consejo de Ministros de 19 de octubre de 2021, que se encuentra en la actualidad en tramitación en el Congreso de los Diputados (v. nota al pie 74), cuya finalidad es digitalizar la Administración de justicia pasando de un sistema basado en documentos a un sistema basado en datos que permita tramitar electrónicamente los procesos y construir patrones y relaciones que hagan posible la gestión asistida de la solución de conflictos y de creación de jurisprudencia.
— El programa de eficiencia procesal, representado en el proyecto 121/000097 de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (en adelante, PLMEP)[4], que reforma la legislación procesal para introducir meca-

1. DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 403, de 19/05/2021 (CVE: DSCD-14-CO-403).

2. La dirección web es la siguiente: https://www.justicia2030.es. Valga decir, como representativo del esfuerzo que se está dedicando a este ambicioso plan, que para el ejercicio presupuestario de 2022 se han destinado más de 200 millones de euros a este plan bajo el programa de referencia 11KB C11.I02 Proyectos tractores de digitalización de la Administración General del Estado, Justicia.

3. BOCG Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 98-1, de 22 de abril de 2022.

4. BOCG Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 97-2, de 16 de junio de 2022, pendiente de aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados.

nismos eficientes de resolución de conflictos alternativos a la vía jurisdiccional, al tiempo que moderniza e introduce medidas de agilización de los procesos para conseguir una reducción de tiempos mediante una mejor asignación de medios y recursos.

La extensión y la amplitud de estos tres proyectos hacen imposible descender a detalles cuya explicación consumiría uno o varios estudios monográficos de no poca extensión. Tampoco se ha tomado este último proyecto de Ley como centro del foco de atención, sino en la medida en que trata varios elementos formales del proceso que someteremos al crisol de los modelos o formas del proceso para poner en evidencia su in/idoneidad para ofrecer la respuesta de mejor calidad a la que debe aspirar un eficiente sistema de justicia.

3. Valga añadir que el objetivo de mejorar la eficiencia de nuestro sistema de justicia a través de su digitalización es un compromiso asumido con altas instancias europeas y que no podemos dejar de observar; en concreto, con la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia y, sobre todo, con la Comisión Europea, a través del Plan de Recuperación y Resiliencia para España, ante la que se ha comprometido un acortamiento de los procesos españoles como principal objetivo para ganar en eficiencia judicial.

> La Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia o CEPEJ (acrónimo de *Council of Europe European Commission for the efficiency of justice*), creada en la órbita del Consejo de Europa, tiene por función evaluar el funcionamiento de los sistemas judiciales de los actuales 46 Estados miembros y proponer instrumentos y medidas de mejora. Este organismo está impulsando una estrategia global de la UE para la digitalización de la justicia en los Estados miembro y un mayor uso de las nuevas tecnologías, que en los últimos dos años se ha visto propulsada por la crisis de la covid-19 como motor de cambio. Su programa figura en el *2022 – 2025 CEPEJ Action plan: «Digitalisation for a better justice»,* aprobado en la 37ª sesión plenaria del CEPEJ de fecha 8 y 9 de diciembre de 2021[5], y se propone alcanzar una digitalización de la justicia que permita monitorizar y acortar la duración de los procesos. Por su parte, en el marco del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia para España[6], la Comisión Europea ha aprobado en junio de 2021 una Decisión de Ejecución del Consejo que contiene el plan de recupera-

5. En particular, por. Véase el informe *2022 – 2025 CEPEJ Action plan: «Digitalisation for a better justice»* aprobado en la 37ª sesión plenaria del CEPEJ de fecha 8 y 9 de diciembre de 2021.

6. DOUE-L-2021-80170. En el mismo sentido, v. el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión dedicado al *Análisis del plan de recuperación y resiliencia de España* que acompaña a la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España {COM(2021) ES 322 final} ES, oculta que *«la eficiencia de los procedimientos se logrará mediante su abreviación en todas las jurisdicciones y mediante la promoción de mecanismos alternativos de resolución extrajudicial»*

> ción y resiliencia de España[7], que se propone modernizar y digitalizar la Administración pública, incluido el sistema de justicia, que se califica como un «ámbito estratégico». Dentro del plan, el programa de Reforma 2 (C11.R2) para la *Reforma para el impulso del Estado de Derecho y la eficiencia del servicio público de justicia,* se propone, en la senda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, aprobar «*a más tardar el 31 de diciembre de 2022 (…) (a) la Ley de eficiencia procesal, a fin de acortar la duración de los procedimientos en todas las jurisdicciones, preservando al mismo tiempo las garantías procesales de los ciudadanos, así como el establecimiento de medios alternativos adecuados de solución de controversias (…)*».

4. Llegamos así al mencionado PLMEP, donde la eficiencia procesal es, al mismo tiempo, todo y nada. En el texto del proyecto la eficiencia es el resultado que se propone conseguir y que descansa en todas las novedades que se proyectan implantar, sin que haya una individualización clara de cómo las medidas singulares contribuyen a lograr la eficiencia del sistema; y ello, pese a que los defectos sistémicos de la justicia española son —como veremos— fácilmente identificables gracias a la estadística judicial. La impresión que del conjunto de medidas del PLMEP cabe extraer es que —valga el símil— se aplican al mismo enfermo y al mismo tiempo todas las medidas sanitarias de carácter preventivo, curativo y paliativo imaginables, tales como introducir la técnica del procedimiento testigo con importación de fallos ajenos (art. 20-68), la celebración generalizada de vistas y juicios de forma telemática (art. 20-65 y 72), cuando no —en el seno del juicio verbal— su sustitución por una rígida fase de intercambio de escritos propia de otros tiempos (art. 20-66) el dictado de sentencias *in voce* en juicios verbales (art. 20-35), y todo ello con grave riesgo para la maltrecha salud del paciente.

5. El PLMEP arranca ya en su Exposición de motivos con una noción de eficiencia que la hace consistir en la «*capacidad del sistema para producir respuestas eficaces y efectivas*»; es decir, definiendo la eficiencia por los resultados y no por sus medios, lo hace en términos no solo vagos, sino falaces, por cuanto transmite la errónea idea de que el sistema actual de justicia es incapaz de alcanzar resultados satisfactorios de eficacia y efectividad en la respuesta jurídica, que es una conclusión falsa a la luz de los factores estadísticos con los que se suele medir la calidad de la justicia. La misma Exposición de motivos se cierra aludiendo también a la eficiencia como principio político del proyecto, que se tiene por cumplido en cuanto la reforma diseña «*un sistema coherente, de tal manera que las novedades que se implantan para conseguir los objetivos perseguidos permiten la consolidación de un sistema de Justicia más accesible, cercano, sostenible y ágil, generando así un marco normativo integrado y claro*». Es decir, de nuevo una caracterización general que, en el fondo, oculta el hecho —que el Plan de recuperación y resiliencia de España no enmascara— de que el nuevo paradigma de la «eficiencia procesal» es una ac-

7. COM/2021/322 final.

tualización posmoderna del viejo y desgastado paradigma de la «economía procesal», ahora encumbrado oficialmente al altar de los principios estructurales de eficiencia del sistema de justicia.

> El uso normal del vocablo «eficiencia» es bastante menos engañoso que su origen etimológico. Desde esta última perspectiva, el vocablo «eficiencia» está formado por el prefijo ex-, que significa hacia fuera, el participio presente del verbo *facere*, hacer, y el sufijo -ia, que indica cualidad, lo que expresa que la eficiencia es la cualidad de completar o de hacer las cosas bien: obtener calidad, podría resumirse. El uso corriente del término recogido por la Real Academia Española le asigna como significado la capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos, que es el que mejor define los parcos designios de la eficiencia procesal en el PLMEP: se busca reducir los tiempos, reducir la litigiosidad, reducir los costes, con el mínimo de recursos personales y materiales disponibles.

6. Pues bien, aunque no puede desdeñarse la consideración económica de la justicia, son muchos los peligros de encerrar la calidad de la justicia en factores puramente económicos que buscan la reducción a toda costa de los tiempos de los procesos, como busca el PLMEP, o atender, como mucho —así se propone desde los estudios económicos del Derecho—, a una triada reduccionista de lentitud, coste y predictibilidad de las decisiones, propia de décadas pasadas y que orilla preocupaciones tan actuales como los fines de la justicia y su importancia social en un sistema democrático y parlamentario[8]. Como vamos a ver, en España la dosis de oralidad o de escritura que conviene hoy a un proceso no parecen depender de estos indicadores o, por lo menos, revelan que allí donde, como en el proceso civil en el año 2000, ya se han acometido reformas que han revertido la forma predominante escrita de los procesos civiles —más aún, la de su primera instancia— a una razonable forma oral, no son precisas intervenciones radicales, sino de detalle sobre algunas disfunciones observadas. Más aún: las estadísticas muestran que algunas de las medidas que propone el PLMEP están muy mal dirigidas en contra de la oralidad de los procesos y de la propia celebración de vista en el juicio verbal,

---

8. V. Mora-Sanguinetti, J. S., *La factura de la injusticia*, ed. Tecnos, 2022, p. 44, para quien el factor tiempo tiene una importancia cualificada para medir la calidad de la justicia, aunque el autor no deja de reconocer que el mínimo común denominador que se emplea para analizar y medir la calidad de un sistema judicial es la tríada lentitud, coste y predictibilidad (p. 43); lo reitera en «Justicia y economía: la eficiencia del sistema judicial en España y sus impactos económicos», en *Papeles de Economía Española,* N.º 168 (2021), pp. 67 y ss. Pero la premisa de todo ello -hay que añadir- es que el sistema cumpla su función, que no es solo la de prestar un servicio público, como se despachan licencias municipales o se gestiona el cobro de impuestos. Tomando en este punto prestadas las palabras de Taruffo, no cabe desconocer que «un sistema judicial es eficiente cuando su funcionamiento resulta razonablemente rápido y económico, pero también cuando se orienta estructuralmente para llegar a decisiones informadas, precisas y responsables que se basen en todos los fundamentos jurídicos pertinentes» (Taruffo, M., «Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil» (versión abreviada), en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Carpi, F., y Ortells Ramos, M. (eds.), vol. 1, Universitat de València, 2008, p. 207).

que es el proceso civil predominantemente oral por excelencia, cuando los mayores retrasos de la justicia española no se están concentrando en estos elementos.

7. Las opciones legislativas en materia de configuración del proceso van hoy otros derroteros de superior importancia político-jurídica y que trascienden el plano de la oralidad o la escritura, tales como decidir cuánta digitalización admite el proceso en sus distintas fases o determinar los poderes que convienen al juez. Pero, cualquiera que sea la perspectiva del análisis, no se puede perder de vista que la justicia es un poder del Estado cuya actividad presenta una doble dimensión público-social y, antes —en el orden civil, social y contencioso-administrativo— de servicio a la tutela de intereses jurídico-privados, a la que no resulta indiferente cómo, dónde, por quién se imparta, ni la calidad del producto final. Por encima de la prestación de un servicio público, la jurisdicción encarna uno de los tres poderes de todo Estado democrático de Derecho y le corresponde aplicar y realizar el Derecho objetivo en el caso concreto mediante la más correcta valoración de los elementos de hecho y la mejor interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto, sin interferencias y con sujeción solo a la ley, con el fin de tutelar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Este problema remite a un debate ya clásico sobre la función social del proceso en el que no se va a entrar aquí porque no es el objeto de este trabajo[9]. Pero, cualquiera que sea el punto de vista que se adopte, a la hora de configurar las formas externas del proceso hay que tener en cuenta que la presencialidad —real, física—, la corporeidad del juez y ciertas solemnidades en un lugar rituario convienen a la justicia para preservar su dignidad como poder estatal y manifestar la independencia, la obligatoriedad de su jurisdicción y el sometimiento exclusivo a la ley de quienes la detentan, con completa autonomía y ajenidad frente las injerencias del poder ejecutivo y de la larga mano de la Administración.

2. Formas y eficiencia procesal a través de los indicadores de duración y resolución de asuntos

8. Si la eficiencia se midiera tan solo en duración del proceso o por la tasa de resolución de asuntos, en España —en mi opinión— podemos estar razonablemente tranquilos, en general, aunque los tiempos medios superan con mucho —y sin

9. Remito al lector interesado a De la Oliva Santos, A., «Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998», en *Revista de Derecho Procesal*, 1999-2, pp. 359-394; «Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales», en *Tribunales de Justicia*, 2000-2, pp. 127-141; Montero Aroca, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001; y Carrata, A., «Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo», en Macario, F., y Miletti, M. N., *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, RomaTre-Press, Roma, 2017, pp. 87 y ss.

excepción— los plazos legalmente previstos para la sustanciación de las respectivas instancias.

9. De la observación de los indicadores con los que se mide la eficiencia de la justicia —los veremos seguidamente— cabe extraer la idea de que la intervención legislativa no es acuciante ni se concreta en la primera instancia civil española, que ya goza —pese al retroceso parcial y justificado de la oralidad en el juicio verbal en el año 2015— de una efectiva implantación de oralidad en la primera instancia, mientras que en la segunda instancia la escritura no parece penalizar su duración y es, en principio, adecuada a la función revisora de esta instancia. En cambio, tanto la casación como la ejecución civil plantean problemas sistémicos y merecen un proceso de reflexión que desborda con mucho el objeto del presente trabajo.

10. ¿Cuánto de los problemas de la justicia española tienen que ver con la forma oral o escrita del proceso? La observación de los datos estadísticos del CGPJ demuestra que la asociación entre oralidad/celeridad y escritura/lentitud del proceso es válida parcialmente y que, en realidad, cada jurisdicción y aun cada instancia presentan problemas de ineficiencia que es posible localizar para actuar de forma focalizada.

Podemos adelantar que las estadísticas del CGPJ apuntan a que los problemas del proceso civil se concentran en: (i) el proceso de ejecución civil, que es el ámbito donde naufraga la efectividad de la justicia civil española y que se desarrolla casi íntegramente por escrito, con escaso espacio para introducir dosis útiles de oralidad sin desnaturalizar su función ejecutiva; (ii) los Juzgados de lo Mercantil y su incapacidad para hacer frente a la carga de procesos concursales y de declarativos en materia de cláusulas abusivas, donde la oralidad es poco significativa; y (iii) la Sala 1.º del TS y la duración de los recursos extraordinarios, cuyas causas no tienen que ver con las formas del proceso, sino con los fines de esta instancia y los medios para hacerlos efectivos.

11. Solo simplificando mucho el análisis cabe extraer la idea de que la duración del proceso depende de que haya que celebrar vista para la práctica de prueba o de que la instancia deba ser resuelta de forma colegiada. Si fuera válido operar en términos tan amplios o genéricos, cabría pensar que la concertación de personas es, en general, un factor de posible enlentecimiento del sistema de justicia. Ahora bien, en iguales términos amplios, cabe objetar que hoy en día la alternativa a la oralidad, con sus vistas, audiencias y concentración de personas y de actos, ya no es solo y exclusivamente la secular escritura. La tecnología permite que la celebración de audiencias virtuales o telemáticas se erija en un razonable *tertium genus* situado a medio camino de extremos opuestos, siempre que se implante revestida de garantías para los justiciables. Más adelante veremos las ventajas y los riesgos; ahora, los datos.

2.1. Los datos de eficiencia del CEPEJ sobre el sistema judicial español (año 2020)

12. El noveno y recentísimo informe del CEPEJ del año 2022[10], que analiza los datos del año 2020 para integrar sus indicadores de eficiencia judicial, basados en la tasa de resolución de asuntos (= CR, Clearance rate) y en la tasa de duración de tiempo (= DT, Disposition time), sigue mostrando cierta ineficiencia de nuestro sistema de judicial a causa de la lentitud de los procesos y la formación lenta pero progresiva de «atasco judicial», que, sobre todo, ha penalizado los datos de la primera instancia. Ahora bien, como el propio CEPEJ observa, el análisis de los datos del año 2020 debe tener en cuenta el profundo impacto que ha producido la covid-19 en los sistemas de justicia a causa de las restricciones de movilidad y la grave perturbación de la regular actividad de toda clase de actividades, lo que —inevitablemente— ha repercutido en las estadísticas sobre calidad y eficiencia. No pueden, pues, tomarse estos datos como parte de una tendencia y estas prevenciones deben tomarse las siguientes observaciones.

13. La tasa de resolución de asunto, con valores < 100% en este indicador, muestra la generación de «atasco judicial» en casi todos los sistemas e instancias, es decir, los describe —en general— como incapaces de resolver el mismo número de asuntos que los que ingresan cada año. Los datos europeos y español de este indicador en su evolución desde el año 2018 hasta el año 2020 muestran una evolución estable, aunque los datos de España vienen lastrados por la acusada caída de la CR en el año 2018 hasta el valor del 87 %; tasa que en el año 2020 se ha mantenido en el 86 %, frente al promedio europeo del 98 %.

El informe CEPEJ destaca de España que los indicadores muestran una mejoría general de la segunda instancia, con valores por encima del 100 % en el orden civil (116'9 %) y en el orden penal (103'0 %), así como un empeoramiento —con generación de atasco judicial— de las tasas de resolución del Tribunal Supremo en todos los órdenes, en contraste con la mejoría de la que se ha beneficiado esta última instancia en la mayor parte de los países observados. En particular, las tasas de resolución del Tribunal Supremo han caído en el año 2020 hasta el 74'7 % en el orden civil, el 74'3 % en el orden penal y el 88'8 en el orden contencioso-administrativo.

14. La eficiencia del sistema, según los datos del CEPEJ, también está penalizada a causa del segundo indicador que toma en cuenta este organismo y que radica en la duración de los procesos en España, que retratan una estructural lentitud del

10. El informe se titula *European judicial systems CEPEJ. Evaluation Report 2020. Evaluation cycle (2018 data)* y, desde su presentación el pasado 5 de octubre de 2020, está disponible en el siguiente espacio de la web del CEPEJ: Evaluation of judicial systems (coe.int); el informe se compone de dos partes: la parte 1, con las tablas, gráficos y análisis generales y la parte 2, con los datos desglosados por países, de donde se extraen los datos comentados.

sistema español en comparación con la media de los sistemas evaluados, aunque siguen valiendo para el año 2020 las palabras de MORA-SANGUINETTI en el sentido de que «la justicia española no es lenta a nivel internacional. Se encuentra más o menos en la media, lo cual no quiere decir que debamos estar contentos o satisfechos»[11].

15. En función de órdenes e instancias, la duración media de la primera instancia en Europa y en España se situó: (i) en 237 días el promedio europeo de la primera instancia civil, frente a los 468 días de la justicia española; (ii) en 149 días el promedio europeo de la primera instancia penal, frente a los 247 días de la justicia española; y (iii) 358 días el promedio europeo de la primera instancia contencioso-administrativa, frente a los 406 días de la justicia española.

Los datos de la segunda instancia son, por su parte, los siguientes: (i) 177 días es el promedio europeo de la segunda instancia civil, frente a los 227 de la justicia española; (ii) 121 días es el promedio de la segunda instancia penal, frente a los 59 días de la justicia española; y (iii) 253 días es el promedio de la segunda instancia contencioso-administrativa, frente a los 452 días de la justicia española.

En cuanto a los procesos de «tercera instancia» —en los términos del informe CEPEJ—, destaca que mientras que en el promedio europeo ha marcado sus registros más bajos, en España —con la salvedad puntual del orden contencioso-administrativo— la tercera instancia no solo tiene peores datos de resolución de asuntos, sino que también es la instancia que registra las mayores dilaciones. Así: (i) en el orden civil, el promedio europeo de duración es de 172 días, frente a los 888 días de la justicia española; (iii) en el orden penal, la duración de la última instancia es de 120 días, frente a los 412 días de la justicia española; y (iii) en el orden contencioso-administrativo los datos son los más cercanos, con una duración de 249 días de promedio europeo, frente a los 350 días de duración de la instancia española.

Si se observa la serie histórica desde el año 2010 hasta el año 2020, se observa que —como era esperar a causa de la covid-19— la duración media del proceso español sigue la tendencia de registraren el año 2020 los momentos de mayor lentitud. Solo rompe esta tendencia, de forma puntual, la segunda instancia civil, que recorta ligeramente su duración desde los 271 días del año 2018 a los 227 días del año 2020.

16. Como apresurada valoración de urgencia de los datos del informe CEPEJ del año 2022, cabe mencionar los siguientes tres aspectos que muestran la importan-

---

11. MORA-SANGUINETTI, J. S., *La factura de la injusticia*, *cit.*, p. 47. Adviértase que las fuentes que emplea este autor no se limitan al CEPEJ y al CPGJ, sino que también se extienden también al proyecto *Doing business* del Banco Mundial y al estudio de la OCDE de 2013, que aquí no se han tomado en cuenta; y que los datos del autor llegan hasta el año 2020.

cia de conocer la parcela de la realidad que se pondera para poder alcanzar conclusiones válidas antes de proponerse acometer una reforma integral de la justicia.

2.1.1. La insuficiencia de la tasa de duración para definir la eficiencia procesal

17. En primer lugar, la tabla revela que la duración del proceso civil español en sus tres instancias alcanzó en el año 2020 la elevada cifra de 1.583 días de media o, lo que es lo mismo, 53'76 meses, que equivalen a 4'3 años. Sin embargo, este dato, confrontado con la percepción de cualquier operador jurídico español, resulta engañoso, pues genera la muy favorable impresión —falsa— de que en poco más de cuatro años es posible agotar la sustanciación íntegra de una demanda desde que ingresa en un Juzgado de Primera Instancia hasta que la Sala 1.ª del TS resuelve sobre ella, sin atender a que la menor duración media que retratan las estadísticas no se consigue siempre tras normal sustanciación del caso a lo largo de tres instancias, sino que también entran en la ecuación factores de descongestión que acortan los tiempos de los casos pendientes, como la irrecurribilidad de sentencias dictadas en juicios verbales de cuantía inferior a 3.000 euros (art. 455.1 LEC); el poco acceso *de facto* al recurso de apelación civil; el muy estricto filtro de recurribilidad que aplica la Sala 1.ª del TS en el acceso a los recursos extraordinarios en virtud de los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017; o la consideración estadística de procedimientos consensuales en manos de los tribunales.

2.1.2. La primera instancia como instancia time-consuming: falsas impresiones

18. En segundo lugar y salvo en el orden contencioso-administrativo, los datos retratan, de forma general, a la primera instancia del proceso civil y del proceso penal como aquella en la que se consume más tiempo en su tramitación. Ahora bien, de esta observación sería erróneo extraer la conclusión de que en la primera instancia se concentra la ineficiencia del sistema. Lo que se concentra en ella es la conformación fáctica y jurídica del litigio y esto —en los dos órdenes que estamos considerando— consume un notable mayor tiempo, especialmente, por la necesidad casi general de practicar prueba con la debida inmediación judicial y emplear tiempo en actos de notificación a partes y a terceros, que —ya sea de forma personal ya sea de forma virtual— tienen una participación de la que carecen las instancias superiores. La segunda instancia y los recursos extraordinarios deben su menor duración a que no constituyen un *novum iudicium*, sino que están configurados como sistema de garantía formal del juicio de primer grado y de control de las resoluciones definitivas.

En consecuencia, por encima de los fríos datos estadísticos, hay que tener en cuenta que la duración óptima de cada instancia depende de la función y grado de ju-

risdicción que se persigue en ella y es preciso, en general, considerar esta función para contextualizar el dato de días o meses consumidos, para valorar la eficiencia del sistema.

2.1.3. La correlación entre la ineficiencia contencioso-administrativa y la composición colegiada del tribunal decisor

19. En tercer lugar, la mayor duración y la tasa de congestión del proceso contencioso-administrativo que registran los datos no es posible relacionarla *a priori* con la forma oral o escrita de la respectiva instancia, porque: (i) los recursos contencioso-administrativos no presentan rasgos formales diferenciados de los que caracterizan a los predominantemente escritos recursos del orden civil y penal, por lo que no puede imputarse a la escritura la causa de la lentitud de estas instancias; más aún: desde que la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, introdujo la modalidad de procedimiento abreviado sin vista, podemos descartar la vista como causa de las persistentes dilaciones de los procesos de este orden y cuya primera instancia es más eficiente que las restantes; y (ii) hace falta acudir a las estadísticas internas del CGPJ[12] para apreciar que lo que aparentemente penaliza las tasas de eficiencia del proceso contencioso-administrativo es el carácter colegiado de los procesos que se residencian en la Sala de lo Contencioso-administrativo de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), que tienen atribuidas, al mismo tiempo, una importante carga competencial como órgano de primera instancia de cierta clase de asuntos y funciones revisoras de las decisiones de los Juzgados Contencioso-administrativos.

20. Los datos del CGPJ relativos al año 2021 muestran, por un lado, que el orden contencioso-administrativo es el orden jurisdiccional más congestionado. La tasa de congestión de este orden, es decir, la *ratio* entre los asuntos pendientes al inicio sumados a los que ingresan en el período y los que se resuelven, es, con sus 1'96 puntos, superior a la media de todos los órdenes, situada en 1'49 puntos; y, en concreto, mientras que la tasa de congestión de los Juzgados unipersonales se sitúa por debajo de la media de su orden con 1'73 puntos, la de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ se dispara hasta los 2'23 puntos.

Además, y de otro lado, la duración media de los procesos resueltos por las Salas de lo Contencioso-administrativo se elevó desde los 14'5 meses del año anterior hasta los 16 meses en el año 2021, en contraposición a los 9'6 meses que tarda en sustanciarse la primera instancia seguida ante los Juzgados Contencioso-administrativo, de carácter unipersonal (que fue de 9'5 meses en el año anterior). En este

12. Puede accederse a los datos estadísticos del CGPJ en este enlace: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/

punto, cabe destacar la mejoría en la duración media que en los últimos diez años ha experimentado el procedimiento abreviado, que es un proceso representativo de la oralidad en este orden jurisdiccional y que se ha situado en 8'7 meses en el año 2021 (frente a los 13'2 meses del año 2012).

21. Así pues, con estos datos no es descabellado vincular la lentitud sistémica del proceso contencioso-administrativo con el carácter colegiado del tribunal decisor, más que con el predominio general de la escritura del proceso contencioso-administrativo. Es decir, los problemas son, más bien, orgánicos y relativos a la plantilla judicial, que relacionados con el proceso como instrumento de impartición de justicia.

2.2. Las fuentes españolas: las tasas de eficiencia del CGPJ

2.2.1. Indicadores de congestión de la justicia civil

22. El CGPJ, por su parte, en sus informes sobre la *Justicia dato a dato*[13] y en la sección de *Indicadores clave*[14], emplea una variedad más amplia de indicadores[15]. La siguiente tabla muestra la evolución de estos indicadores en la jurisdicción civil en los años 2018, 2019, 2020 y 2021, cuya observación permite extraer dos conclusiones: (i) la congestión del sistema judicial español es anterior y, por tanto, independiente de la crisis sanitaria y económica de la covid-19, que ahora se emplea como motor de cambio; y (ii) la repercusión directa de la covid-19, aun siendo negativa, es menor de la que pudiera suponerse y en el año 2021 se observa una mejoría en la tasa de congestión del orden civil:

Civil	2018	2019	2020	2021
Resolución	0,90	0,94	0,92	1
Pendencia	0,71	0,7	0,85	0,68

13. Consultables en la dirección https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/

14. Consultables en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Indicadores-Clave/ Hago la advertencia de que existe una falta de coincidencia en los números reflejados en los informes *Justicia dato a dato* respecto de los publicados en la sección de *Indicadores clave* en algunas de las tasas, como apreciará el lector de las tablas.

15. Así, la tasa de resolución expresa el cociente entre asuntos resueltos y asuntos ingresados; la tasa de pendencia expresa la ratio entre los asuntos pendientes al final del periodo y los resueltos en el mismo periodo; la tasa de sentencia muestra la ratio entre el número de sentencias y el de asuntos resueltos; y la tasa de congestión muestra la carga de asuntos que quedan en trámite al final del periodo resultante del cociente entre la suma de asuntos pendientes y entrantes en el período y el número de asuntos resueltos en el mismo.

Civil	2018	2019	2020	2021
Sentencia	0,29	0,29	0,28	0,26
Congestión	1,7	1,7	1,85	1,67

23. Un examen más detallado de estos indicadores en función del tipo de órgano jurisdiccional civil muestra que la congestión se concentra, sobre todo, en la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (con una tasa de 3'75 puntos en el año 2021, que dobla la media del conjunto), seguida a distancia por los Juzgados de lo Mercantil (con 1'84 puntos) y por las Secciones Civiles de las Audiencias Provinciales (con 1'81 puntos). Todo ello podemos desvincularlo *prima facie* de toda forma de oralidad del proceso o de la instancia, para explicar los problemas de congestión de estos tribunales bien por la escritura de los procesos o instancias que resuelven o bien por otras causas, como la menor plantilla de jueces y magistrados o por la falta de un cuerpo bien nutrido de letrados auxiliares con destino en estos órganos.

2.2.2. Los datos sobre duración de los asuntos civiles

24. En cuanto al indicador de la duración media del proceso civil, el CGPJ se vale de tres indicadores distintos que —salvo error o torpeza en su interpretación por mi parte— arrojan resultados desiguales:

(i) La llamada *duración estimada de los asuntos*, que muestra la duración media de los asuntos terminados en el periodo considerado, a partir de un modelo matemático que hace uso de los números de asuntos ingresados, resueltos y en trámite al comienzo de cada período por cada clase de tribunal civil.
(ii) El *indicador clave de duraciones medias estimadas*, del que no hay muchas explicaciones sobre cómo obtiene la media de duración de la primera instancia, la segunda instancia y la actividad del Tribunal Supremo que recoge, aunque no es descabellado relacionar con el siguiente indicador). Y,
(iii) El *indicador de tiempo medio estimado*, que muestra el tiempo medio que llevan en trámite los asuntos que penden ante una determinada clase de órgano judicial al final del año, lo que acaso permite intuir —más que estimar— en qué momento procesal se encuentran los asuntos pendientes.

Un lector lego en la ciencia estadística, como quien esto escribe, advertirá que los datos del CGPJ sobre la duración media estimada de asuntos del proceso español no son coincidentes con los datos recogidos en el informe de la CEPEJ relativo año 2020; y —más llamativo aun— que los sucesivos informes *La justicia dato a dato* de los años 2018 a 2021 y la información dinámica disponible en la web del CGPJ

recogen duraciones medias estimadas también divergentes para los idénticos años considerados en cada caso.

25. Por un mero criterio de facilidad en su comprensión, se muestra en la siguiente tabla la serie histórica del indicador clave relativo a duraciones medias estimadas en meses (indicador *supra* ii) para el proceso civil en el período 2018-2021, comprensivo también de la tasa de variación interanual, con la finalidad de valorar el impacto de la covid-19 en la justicia civil y el esfuerzo realizado en el año 2021 por normalizar la actividad judicial:

Indicadores clave Civil	Año 2018 y % interanual		Año 2019 y % interanual		Año 2020 y % interanual		Año 2021 y % interanual	
1ª Instancia	7,5 m.	13,70%	7,8 m.	5,50%	9 m.	14,90%	8,7 m.	-2,10%
2ª Instancia	7,9 m.	8,00%	5,8 m.	15,60%	6,3 m.	8,90%	5,6 m.	-10,90%
Tribunal Supremo	18,9 m.	15,70%	18,9 m.	15,70%	22,4 m.	12,10%	24,6 m.	9,60%

26. De la primera instancia llama la atención que en el año 2020 en el que la justicia civil española suspendió prácticamente toda su actividad durante su segundo cuatrimestre y reanudó tímidamente la actividad durante el tercer y el cuarto cuatrimestre, se hayan alcanzado cifras no muy lejanas, en el fondo, a las del año 2018, antes de la crisis de la covid-19. El hecho de que una parálisis de casi una cuarta del parte del año se haya traducido en una duración media de casi un 15 % en la primera instancia no es motivo para la alegría, pero tampoco para imaginar una justicia congestionada a causa de la covid-19. De hecho, del año 2021 impresiona positivamente que los tiempos de la primera y de la segunda instancia hayan conseguido reducirse y que, en la segunda instancia, lo haya hecho de forma tan acusada (en -10,90 puntos), en sentido diametralmente opuesto a la primera instancia. Pero quedarse solo en estos datos es inconcluyente para el propósito de hallar una relación entre las formas del proceso y su duración.

27. Un examen de la serie histórica de los tiempos medios de la justicia civil ordenada por clases de tribunales[16] muestra que la primera instancia ha vivido, sí, sus

16. Consultables dinámicamente en el espacio dedicado a la estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales de la web del CGPJ.

momentos de mayor lentitud en los años 2020 y 2021; se señalan a continuación en negritas los máximos de la serie:

Órganos de la Jurisdicción Civil	2021	2020	2019	2018	2017
J. de Primera Instancia	4,1	**4,7**	4	3,9	3,4
Juzgados de Familia	2,4	**3**	2,4	2,4	2,5
J. de 1ª Instancia e Instrucción	4	**4,6**	3,8	3,8	3,7
Juzgados de lo Mercantil	18,8	23,6	25,7	**28,7**	28,6
J. de Violencia sobre la Mujer	4	**4,6**	3,7	3,4	3,3
Audiencias Provinciales	4,2	**4,7**	4,5	4,1	3,5
T.S.J. – Sala Civil y Penal	1,9	3	1,7	2,1	**2,3**
Tribunal Supremo. Sala 1ª	11,4	**12**	10,1	9,5	9,1

28. La tabla muestra —un tanto engañosamente, veremos— que el tiempo medio que al concluir el año 2021 llevaba en trámite un asunto ante un Juzgado de Primera Instancia o mixto de Primera Instancia e Instrucción era de 4-4'1 meses, mientras que al cerrar el año 2020 había sido de 4'7 meses. Sin embargo, no se pueden trasladar estos números a una línea ideal de tiempo de un proceso civil declarativo para suponer entonces que el enlentecimiento se produce en la hipotética celebración de las audiencias previstas en el proceso ordinario —la audiencia previa al juicio y el propio juicio— o en la vista del juicio verbal, situadas —imaginemos— en el cuarto o quinto mes de tramitación del proceso o, en cambio, en el momento de dictar sentencia. La razón que desmonta estas erróneas suposiciones radica en que el dato de duración se forma con la totalidad de asuntos civiles que sustancian los Juzgados de Primera Instancia, Primera Instancia e Instrucción y Familia y en ellos figuran —como muestra la siguiente tabla— los procesos de ejecución (en la que su saturación no se mide en sentencias, ni precisa estructuralmente de la celebración de vistas), los procesos relativos a cláusulas abusivas o los concursos, y ninguno de ellos se caracteriza precisamente por la oralidad, sino que presentan todo ellos una acusada escritura.

29. Si la atención la podemos en la escritura o la oralidad del proceso declarativo ordinario civil, el peso de la clase de asuntos más lentos y con mayor escritura produce una distorsión estadística que no representa al común de los procesos ordinarios civiles. Más aún: en el otro polo, encontramos también que las estadísticas de duración/asunto incluyen procedimientos consensuales de separación o divorcio, que producen idéntica distorsión estadística, pero sentido opuesto, en el sentido de que transmiten al conjunto de asuntos una simplicidad y celeridad de los

que estos carecen por sí mismos. Lo que sí puede tomarse como términos aptos de comparación es la duración media de los procesos ordinarios y la de los verbales, que revelan la muy superior duración de los primeros respecto de los segundos.

La siguiente tabla recoge, por criterio decreciente, la estimación de tiempos medios de duración por clases de asuntos civiles —siempre expresado en meses—, tomando como referencia el promedio que a estos efectos considera el CGPJ de 7'2 meses de duración de la primera instancia. Adviértase que la duración de los procesos ordinarios de impugnación de cláusulas generales (con 23'3 meses de duración media), los ordinarios a secas (con 17'7 meses) y el resto de ordinarios (con 13'7 meses), multiplican la duración por dos e incluso por tres —en el caso de los procesos de impugnación de cláusulas generales— de los demás verbales (con 9'6 meses de duración), que comprenden aquellos no específicamente recogidos por razón de la materia (lo señalo todo en negrita).

Estimación de los tiempos medios de duración Comparativa por tipos de procedimiento — Año 2021	
Ejecuciones civiles (total)	40
División patrimonios	24
Ordinarios de impugnación de cláusulas generales	**23,3**
Títulos de ejecución europeos dimanantes de reglamentos...	18,2
Cambiarios	18
Concursos de personas físicas no empresarios	17,7
Ordinarios	**17,7**
Liquidación régimen económico matrimonial	15,7
Resto de ordinarios	**13,7**
Nulidades Matrimoniales	13,6
Resto de verbales posesorios	11,7
Modificación medidas no consensuadas	11,6
Divorcios no consensuados	11,2
Separaciones no consensuadas	11,1
Verbales posesorios por ocupación ilegal de viviendas	9,6
Demas verbales	**9,6**

Procesos europeos escasa cuantía	9,6
Monitorios europeos	8,6
Procesos modificativos de la capacidad de las personas	8,5
Verbales arrendaticios	7,3
PROMEDIO	**7,2**
Resto monitorios	6,3
Separaciones consensuadas	3,5
Modificación medidas consensuadas	3,3
Divorcios consensuados	2,2

30. Por otro lado, evidencia a las claras la anterior tabla que la ejecución civil —en la que muy raramente hay actos orales o celebración de vistas— es un verdadero agujero espacio-temporal de nuestros Juzgados de Primera Instancia, mixtos y de Familia, hasta el punto de que su duración media: (i) multiplica por cinco el promedio de los asuntos civiles que lleva el mismo tipo de órgano; y (ii) multiplica por diez el promedio de duración de la primera instancia civil en su conjunto.

Del elevado esfuerzo que consume el proceso de ejecución para los Juzgados que tienen asignadas estas funciones —añadidas, no lo olvidemos, a las de enjuiciamiento— dan cuenta las elevadas cifras que refleja la siguiente tabla de ejecución de sentencias del conjunto de jurisdicciones en el año 2021, de la que llama la atención, además de la elevadísima carga de trabajo del orden civil que no tiene parangón con ningún otro orden jurisdiccional, el disparatado número de ejecuciones civiles que quedaron pendientes de finalizar al acabar el año (lo señalo en negrita)

Ejecución de Sentencias 2021	**Registradas**	**Resueltas**	**En trámite al final del año**
Civil	522.426	620.927	**2.043.951**
Penal	352.351	502.270	397.637
Contencioso Administrativa	13.350	13.589	14.422
Social	70.837	79.283	38.979
Militar	0	0	0
Salas Especiales T. Supremo	0	0	0
TOTAL	958.964	1.216.069	2.494.989

2.2.3. La duración de la segunda instancia civil y penal

31. Toca ahora dirigir la mirada a las estadísticas de los recursos de apelación civil resueltos por las Audiencias Provinciales. Ya se ha visto cómo los indicadores clave del año 2021 medían la duración media de la segunda instancia en 5'6 meses, con un acortamiento significativo de la duración de esta fase. Un mayor detalle de las estadísticas del CGPJ muestra, en cambio, otros datos cuando se consulta la estimación de los tiempos medios de duración de los recursos civiles seguidos ante las Audiencias provinciales. Los resultados de la serie histórica asignan aquí una duración media de 9'1 meses para el año 2021, muy por encima de la recogida en el indicador clave del año. La siguiente tabla muestra la evolución histórica de los indicadores de duración de los recursos civiles, con datos en apariencia paradójicos que no es descabellado relacionar, precisamente, con la forma predominantemente escrita de la segunda instancia civil, cuya normal recuperación de actividad se ha beneficiado de este rasgo.

Audiencias Provinciales (RECURSOS CIVIL) — Año 2021										
Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Duración	6,5	7,5	7,1	6,5	7,1	6,7	7,9	9	10,1	9,1

32. Más adelante nos detendremos en la valoración de estos datos que apuntan al menor impacto del covid-19 en la actividad de las Audiencias civiles que respecto a los tribunales de primera instancia, y a la configuración escrita de los recursos civiles en este aspecto. Ahora toca contemplar, por un lado, que entre las tareas que registran las mayores duraciones figura —por partida triple— la materia concursal, y que las apelaciones de sentencias dictadas en procesos verbales se sitúan por debajo de la media, mientras que aquellas contra sentencias dictadas en procesos ordinarios encabezan el ranking de lentitud de la segunda instancia. La siguiente tabla muestra las materias resueltas por las Audiencia Provinciales civiles y las ordena por criterio decreciente:

Asuntos civiles AA.PP.	
Apelaciones de sentencias de juicios ordinarios	13,7
Restantes recursos en materia concursal	12,9
En juicios declarativos	12,6
Recursos en materia concursal	11,6
Apelaciones de sentencias de JVM	10,2

En concursos	9,8
Recursos civiles	9,1
PROMEDIO	**8,8**
Apelaciones de sentencias de juicios verbales	8,5
Recursos Marca, dibujo y modelos comunitarios	8,3
Recursos anteriores a la L.E.C. 1/2000	8
Recursos en materia de Derecho de familia	6,9
Otros	4,4
Recursos de queja	4,3
Juicios declarativos de ejercicio de acciones...	3,6
Procesos en Única Instancia	3,3
Recusaciones	3,2
Cuestiones de competencia	2,8
Abstenciones	1,2

De esta tabla impresiona que, comparadas las duraciones medias de las apelaciones de sentencias de juicio ordinario —que encabezan el ránking con 13'7 meses— con las apelaciones de sentencias de juicio verbales —cuya duración, con 8'5 meses, se encuentra por debajo del promedio—, no hay motivos procedimentales aparentes que expliquen la notable divergencia entre ambas duraciones, ya que procesalmente la LEC les asigna el mismo cauce predominantemente escrito. No tiene explicación que la sustanciación del mismo recurso de apelación arroje resultados tan dispares.

33. Por su parte, la siguiente tabla desglosa por territorios la duración en el año 2021 de las apelaciones en el contexto del proceso ordinario y en el del juicio verbal (se marcan en negrita las máximas y las mínimas):

2021	P.O.	J.V.
Andalucía	18,3	8,6
Aragón	18,2	**4,2**
Asturias	**4,3**	4,3
Illes Balears	9,3	7,7

Canarias	16,5	10,8
Cantabria	12,7	7,6
Castilla y León	7,1	4,7
Castilla–La Mancha	19,7	**19,5**
Cataluña	14,4	10,1
Comunitat Valenciana	11	8,0
Extremadura	15,2	5,0
Galicia	9,6	6,9
Madrid	10,8	6,4
Murcia	16,6	6,5
Navarra	**25,3**	5,5
País Vasco	13	9,7
La Rioja	15	9,0
España	13,7	8,5

34. Dado que la LEC contiene una misma y única regulación del recurso de apelación y de la segunda instancia civil (arts. 455 y ss. LEC), la mayor duración de la segunda instancia del proceso ordinario frente a la de los juicios verbales que muestra la estadística judicial de forma tan acusada no puede sino obedecer a otros motivos diferentes de la configuración escrita del recurso de apelación. En general, con la salvedad de Asturias y de Castilla-La Mancha, que presentan los resultados más compensados, en los restantes territorios no existe correlación entre las duraciones medias de los procesos ordinarios y verbales; esta descompensación es especialmente acusada en Navarra (lo que debería llevar a actuar territorialmente).

35. Abundando en la consideración territorial, valen las palabras de Mora-Sanguinetti para situarnos ante «otro gran problema de España, incluso más grave: hay diferencias muy importantes en la eficacia de la justicia entre las distintas Comunidades Autónomas o provincias españolas»[17]. La siguiente tabla ordena, por orden decreciente, las duraciones medias por regiones y permite observar (i) significativas mejoras en el año 2021 en comunidades densamente pobladas, como Madrid, País Vasco o Cataluña, mientras que (ii) aquellas con menor población, como Navarra o La Rioja, tienen una actividad más enlentecida. Con todo, el año 2021 retrata una

17. Mora-Sanguinetti, J. S., *La factura de la injusticia*, *cit.*, p. 56.

general mejoría en los tiempos de las Audiencias Provinciales, salvo en Castilla La Mancha, Canarias, La Rioja, Valencia y Galicia.

Audiencias Provinciales. Recursos civiles					
	2021	**2020**	**2019**	**2018**	**2017**
Castilla LM	15,3	14,3	11,6	8	6,2
Navarra	13,6	15,5	13	10,6	9,2
Canarias	13,2	12,3	10,8	9,7	8,7
Andalucía	11,7	12,2	11,1	9,8	8,5
Rioja, La	10,6	14,5	12,1	10,6	8,8
Cataluña	9,8	11,2	11,9	12,2	11,7
Aragón	9,7	10,3	8,2	5,9	4,1
Murcia	9,2	10,2	8,1	5,7	4,4
Media ESPAÑA	8,9	9,8	9	9,8	6,9
Cantabria	8,3	7,3	6,1	5,1	5,2
Extremadura	7,6	9,8	8,4	4,9	2,2
Madrid	7,4	8,9	8,8	7,5	6,3
Com. Valenciana	7,1	7	6,4	5,7	5
Galicia	7,1	6,9	6,2	6,1	5
País Vasco	7	8,5	7,6	5,1	3,9
Baleares	5,4	6,1	4,3	3,3	3,5
Castilla y León	4,5	5,4	4,7	3,8	3,3
Asturias	4	6,5	6,7	4,1	3

36. Por su parte, en el orden penal la tabla de indicadores de duración mediación de los recursos que, por un lado, resuelven las Audiencias Provinciales contras las resoluciones de los Juzgados de su provincia, impresiona por sus muy positivos resultados.

Audiencias Provinciales (RECURSOS PENAL AA.PP.)										
Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Duración	2,3	2,4	2,2	2	1,8	1,6	1,5	1,6	1,7	1,6

Para hacerse una idea de la duración media de la segunda instancia penal, hace falta completar la anterior tabla con la que muestra, por otro lado, la duración de los recursos de apelación que resuelven las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales. Ahora bien, hace falta advertir que este grado de jurisdicción no ha sido efectivo sino a partir del año 2015, por lo que se trata, en este aspecto, de un órgano —teóricamente, al menos— poco saturado del que sorprende (i) la estabilidad de sus datos, porque no muestran apenas impacto tras el importante cambio normativo que supuso la Ley 41/2015, de 5 de octubre para la carga de trabajo de estos tribunales; y (ii) que su duración, en todo caso, ya es superior a la que registran las Audiencias Provinciales, lo que apunta una insuficiencia de medios para hacer frente a sus nuevas funciones:

Salas Civil y Penal TSJ (RECURSOS PENAL) — Año 2021										
Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Duración	2,4	2,6	2,8	3,1	2,7	1,9	2,5	3,0	3,2	2,4

2.2.4. *Las altas tasas de congestión y duración de la Sala 1.ª TS*

37. La última tabla de duración del proceso civil está dedicada a la actividad de la Sala 1.ª del TS, cuya congestión es estructural, sistémica y es una de las más complejas de legislar. Aquí lo determinante no es tampoco la forma externa del procedimiento, cuanto la dificultad de que el órgano desarrolle correctamente la función nomofiláctica y de creación de jurisprudencia que le corresponde institucionalmente, acertando a dar con la fórmula que combine (i) una adecuada composición cualitativa y cuantitativa del órgano que asegure la uniformidad y el carácter colegiado de las sentencias, sin que (ii) deje fuera del sistema de recursos extraordinarios parcelas del ordenamiento jurídico sustantivo y, eventualmente, procesal. Excede con mucho de este trabajo exponer los esfuerzos realizados por reforzar los medios materiales puestos al servicio del TS y, en sede procesal, por reducir el acceso a los recursos mediante dosis de *certiorary*; tampoco es momento de valorar la (in)conveniencia de introducir soluciones más radicales, algunas de carácter censurablemente rupturistas con el sistema de fuentes del Derecho en un sistema parlamentario, como atribuir valor vinculante a las sentencias plenarias del Tribunal Supremo. Aquí solo bastará con observar las siguientes tablas que reflejan la intensa aunque lenta actividad de la Sala 1ª del TS.

38. La siguiente tabla, con la evolución histórica de la duración de los procesos ante la Sala 1ª del TS desde el año 2012, constata que los procesos seguidos ante este órgano jurisdiccional han doblado su duración en los últimos diez años:

Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
meses	11,1	11,7	13,3	15,4	14,9	16,3	18,9	20,0	22,4	24,6

39. Los asuntos que propician el enlentecimiento de la Sala 1.ª del TS son, sin discusión, los recursos de casación, con sus 36'9 meses de duración media; le siguen los procesos de revisión, aunque sus 16'9 meses de duración le sitúan ya por debajo de la media.

Llegados a este punto, cuestionarse la configuración escrita de los procesos atribuidos al conocimiento de la Sala 1.ª del TS se antoja demasiado especulativo. El problema sigue siendo el que apuntara hace ya quince años el prof. GASCÓN INCHAUSTI en un trabajo dedicado a *La oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España*, en el que analizaba la serie estadística de los años 2002 a 2006, y concluía que «El gran "agujero negro" de la justicia civil española sigue siendo, desgraciadamente, el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se encuentra en una situación de colapso crónico, debido en gran medida a la falta de implantación efectiva del sistema de recursos frente a las sentencias dictadas en segunda instancia diseñado por la LEC de 2000»[18].

40. Es, en todo caso, motivo de asombro los números que despacha un tribunal compuesto por tan solo nueve magistrados en el orden civil, aunque hay que añadir que no sería posible sin el cuerpo de letrados y el servicio de documentación que sirve de apoyo a las tareas de este órgano y que son inéditos en las restantes instancias de la jurisdicción ordinaria y solo admiten comparación con los medios del Tribunal Constitucional.

41. El informe *Justicia dato a dato* del 2021 recoge que se plantearon ante la Sala 1.ª un total de 10.969 asuntos, que representan el 10'5 % de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales. De los 10.969 asuntos ingresados en el año 2021, fueron resueltos 7.069 en el mismo año, lo que representa el 67'4 %, quedando en trámite al final del año 19.383 asuntos que justifica la altísima tasa de congestión de este órgano, situada en 3'75 puntos. Hay que decir que, de los 7.069 asuntos resueltos, solo un 13 % finalizó mediante sentencia, que ascendieron al número de 925 en el año 2021; y que, en función del signo del recurso, en un 87'6 % de los asuntos se confirmó íntegramente la sentencia, siendo superiores los resultados de revocación total (con 7,8 % de asuntos) frente a la revocación parcial (de 4'4 %).

---

18. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España», *Colloquium Paper,* International Association Procedural Law, Nov. 6-8, 2008, v.e. disponible en https://perma.cc/JZ72-3H53 y en https://eprints.ucm.es/id/eprint/26700/

Si se observan los datos segregados por regiones desde las que los asuntos acceden a la Sala 1.ª, destaca que desde Navarra llegaron el porcentaje más alto de sentencias (un 31'9 %) y que los recursos navarros también registraron el índice más alto de revocaciones totales (el 21'6%) y menor número de confirmaciones (78'4 %), con un 0 % de revocaciones parciales; lo que acaso apunte a un problema de interpretación y aplicación por la Audiencia Provincial de Navarra como causa de la mayor intervención de la Sala 1.ª del TS en este caso.

2.3. Las quejas relativas al funcionamiento de los tribunales como marcador de ineficiencias

42. Antes de abandonar el terreno de la estadística convendrá también tener en cuenta las quejas recibidas por la Unidad de Atención al Ciudadano que figuran en los informes anuales del CGPJ *La Justicia dato a dato*, ya que proporcionan información sobre las causas de mal funcionamiento que los ciudadanos perciben de la Administración de justicia cuando entran en contacto con ella. La percepción que, en general, se comparte en el ámbito forense es que las esperas son motivo de queja general en la justicia civil: la espera para dictar sentencia, que no aparece reflejada en las estadísticas judiciales, y, sobre todo, por los inconvenientes en tiempo, permisos, traslados y costes para las personas intervinientes, las esperas físicas a las puertas de los Juzgados para concurrir a vistas y audiencias convocadas con semanas y meses de antelación. Esta percepción se ha acentuado en el año 2021 a causa del impacto de la crisis de la covid-19 en la justicia y es posible constatarla en el desglose de motivos de queja sobre el funcionamiento de los tribunales, al que van referidas algo más de las dos terceras partes de las reclamaciones que se han recibido en el año 2021. Por relación a los apartados recogidos en la Carta de los Derechos de los Ciudadanos, las quejas han versado sobre los siguientes motivos:

Desglose de motivos de reclamaciones o queja relativos al funcionamiento de Juzgados y Tribunales				
	2021	2020	2019	2018
Una Justicia moderna y abierta a los ciudadanos				
Una justicia transparente	524	514	447	433
Una justicia comprensible	2	3	4	4
Una justicia atenta	2.776	2.634	2.271	2.599
Una justicia responsable ante la ciudadanía	75	74	80	87

Una justicia ágil y tecnológicamente avanzada	5.384	4.025	3.735	3.540
Total «Una Justicia moderna y abierta a los ciudadanos»	*8.761*	*7.250*	*6.537*	*6.663*
Una Justicia que protege a los más débiles				
Protección de las víctimas del delito	35	35	32	37
Protección de los menores	6	5	5	3
Protección de los discapacitados	20	19	51	34
Los inmigrantes ante la justicia	8	5	7	2
Total «Una Justicia que protege a los más débiles»	*69*	*64*	*95*	*76*
Una relación de confianza con Abogados y Procuradores				
Una conducta deontológicamente correcta	94	68	60	75
Un ciudadano informado	9	5	9	7
Una justicia gratuita de calidad	22	26	25	12
Total «Una relación de confianza»	*125*	*99*	*94*	*94*
Otros motivos no recogidos en la Carta de Derechos				
Actuación profesional	325	361	378	353
Modo de practicar las actuaciones	950	900	929	820
Protección de Datos	57	47	61	62
COVID	81			
Total «Otros motivos no recogidos en la Carta»	*1.413*	*1.308*	*1.368*	*1.235*
Total Motivos Funcionamiento	*10.368*	*8.721*	*8.094*	*8.068*

43. Como se aprecia, el ítem «Una justicia ágil y tecnológicamente avanzada» es el que registra mayores quejas y comprende aquellas relativas al derecho a la tramitación ágil de los asuntos y a conocer las causas de los retrasos, que fue objeto de 3.572 quejas. El segundo ítem destacable es el de «Una justicia atenta», que comprende (i) las quejas del derecho a una atención respetuosa (716 quejas); y (ii) las quejas sobre el carácter insuficiente del horario (454 quejas, de las que 438 están referidas a los Registros Civiles), seguidas de (iii) las quejas para hacer la comparecencia lo menos gravosa posible (389 quejas); (iv) de las quejas para pedir medios instrumentales inadecuados (356 quejas), y (v) de las quejas sobre los tiempos de espera (324 quejas).

44. Por tipo de órgano, son aquellos que entran directamente en contacto con los ciudadanos los que suscitan mayores motivos de queja, esto es, los Juzgados mixtos de Primera Instancia e Instrucción en un 33'98 % de los casos (3.527 quejas), seguidos de los Juzgados de Primera Instancia con un 26'08 % (2.707 quejas). Solo la falta contacto físico con los justiciables explica, así, que el Tribunal Supremo, pese a ser el órgano más saturado y lento, solo concite un 4'02 % de las quejas (417 quejas).

3. ¿Correlación causal o circunstanciada entre duración y forma de las instancias del proceso civil español?

45. Los datos anteriores no permiten —en mi opinión— extraer una precipitada conclusión de que la oralidad que caracteriza hoy la primera instancia civil es la causa que penaliza la duración del proceso, mientras que la escritura de la segunda instancia favorece su agilidad. Más bien, hay que distinguir los dos enunciados de esta doble afirmación y poner en cuestión la relación causal que entrañan los binomios oralidad/celeridad y escritura/lentitud y que, en muchas ocasiones, se presentan de forma maniquea. Más que buscar relaciones causales que confirmen o desmientan una correlación entre oralidad/celeridad y escritura/lentitud —y que, en general, es correcta—, hay que contextualizar la configuración formal o externa del proceso, porque la forma del proceso no es un elemento que quepa valorar de forma aislada de la función a la que sirve la instancia sobre la que se proyecta.

3.1. La necesidad de contextualizar la duración de las instancias civiles

46. Es un error comparar entre sí el frío dato de duración de la primera y de la segunda instancia sin tener en cuenta que no son momentos procesales equivalentes ni tienen funciones homogéneas entre sí. La menor duración de la segunda instancia se explica por el menor número de asuntos que acceden a ella y esto, a su vez, por: (i) el hecho de que los asuntos en los que se apela la sentencia de primera instancia no alcanzan el 17 % en los últimos cinco años; y (ii) existen, adicionalmente, motivos legales de irrecurribilidad o de recurribilidad condicionada de las sentencias a ciertos límites y exigencias del art. 455 LEC.

Dicho de otro modo, una mirada más atenta a los tiempos de la justicia civil permite observar que la oralidad de la primera instancia civil imprime al sistema una agilidad sin la que: (i) la primera instancia no podría despachar el número de asuntos —2.587.127 en el año 2021— que ingresan en los Juzgados; y (ii) los tribunales de apelación no podrían mantener el menor tamaño de sus plantillas.

47. Si ya es un error concluir, de forma casi automática, que la oralidad penaliza la duración de la primera instancia frente a la celeridad que imprime la escritura al recurso de apelación, el error sería diabólico si pretendiéramos, con base en esta premisa falaz, extender la escritura del sistema de recursos a una instancia como la primera, que tiene por función la primordial tarea de determinar el juicio fáctico, lo que suele ir ligado a la forma oral porque en ella está comprometida la participación de las partes, sus representantes y defensores y aun de otros sujetos en la actividad probatoria, como testigos y peritos, siendo, además, la primera instancia el primer y —muchas veces— el único grado de jurisdicción al que accede el justiciable con la aspiración —elevada al rango de derecho fundamental— de que un juez vea, lea, escuche y juzgue su caso. Estos son ingredientes que también deben estar en la receta de la eficiencia procesal. Pretender sustituir la oralidad y la presencialidad de la primera instancia —sea la presencialidad natural o sea la presencialidad «debilitada» que proporciona la tecnología—, por la escritura —la de siempre o una digital— de los recursos civiles es contrario a la eficiencia, puesto que arroja un resultado incompatible con el fin que se propone cumplir la primera instancia. Además, como muestran los datos relativos a la duración de los procesos civiles predominantemente escritos, como el europeo de escasa cuantía, la escritura no asegura una menor duración de la primera instancia.

Solo bajo algunas predeterminadas y justificadas condiciones es razonable prescindir hoy del acto del juicio en el proceso civil español[19]; y esta decisión es tanto más acertada cuanto se adopta *ad casum*, en el curso del proceso y sujeta a presupuestos legales que garantizan a las partes que su causa será «oída», sin que esto, por tanto, signifique una reversión de la decisión que el legislador de la LEC adoptó en favor de la oralidad, la concentración, inmediación y publicidad de vistas y audiencias en la primera instancia civil (por cuyo fortalecimiento —como sabemos— aboga la ejecutabilidad general de las sentencias del primer grado civil).

3.2. ¿Mayor oralidad en la segunda instancia civil?

48. Por su parte, un replanteamiento de las formas predominantemente escritas de la apelación y de los recursos extraordinarios pasa por distinguir, en primer lugar, el primero de los segundos, por la diferente función y grados de complejidad que presentan. Mientras que en los recursos extraordinarios, la escritura asegura la preparación y el elevado rigor técnico que requieren los complejos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, en el recurso de apelación, por el

19. V. *infra* aptdo. 6.2.

contrario, sí cabe imaginar una mayor dosis de oralidad, como muestra la forma predominante oral de la LEC de 1881 en la segunda instancia o la actual segunda instancia penal. El meollo de la cuestión es el *quomodo*.

49. La decisión de introducir una mayor oralidad como elemento de agilización de los recursos civiles pasa por resolver la cuestión de si esta mayor oralidad de los recursos ha de suponer la reversión de las formas del recurso para que la apelación se sustancie en una vista sustitutiva de los escritos de interposición y de oposición de la apelación civil, o si, en cambio, la mayor oralidad puede introducirse óptimamente mediante una vista conclusiva que sirva al tribunal *ad quem* de acicate para dictar sentencia tras haber quedado ilustrado de los puntos de hecho y de derecho que las partes expongan oralmente, con la viveza y la espontaneidad del lenguaje que permite la oralidad, pero sobre la base de la precisión que permiten los escritos de recurso. En favor de esta segunda solución —por la que personalmente me inclino si hubiera, hipotéticamente, que tomar tal decisión— aboga el hecho diferencial de la mayor amplitud del ordenamiento sustantivo civil y mercantil y la, normalmente, mayor complejidad jurídica de los recursos de apelación civil frente a la apelación penal. Pero, en todo caso, se ha de advertir que las diferencias que se observan en la duración de la segunda instancia civil de los procesos declarativos ordinarios y de los juicios verbales no justifican cambios radicales procesales en materia de formas del recurso de apelación; por no mencionar que una completa oralidad del recurso de apelación civil dificultaría el correcto desenvolvimiento de derechos y oportunidades procesales como la proposición y preparación de la prueba en segunda instancia o la impugnación sucesiva de la sentencia por la parte que inicialmente no hubiere recurrido.

3.3. La falta de correlación entre formas y males endémicos del proceso de ejecución

50. Mención aparte merecen la dilatada duración y el fracaso en las tasas de resolución del proceso de ejecución, que no se explica solo por la acusada escritura del procedimiento. En el proceso de ejecución civil español la escritura es, de modo casi universal, la forma predominante del proceso. Resulta poco frecuente la celebración de vistas y audiencias, que legalmente se limitan a la resolución —en casos estrictamente necesarios— del incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo (art. 560 LEC) o el de liquidación de daños y perjuicios (art. 715 LEC); o, con mayor frecuencia, a la vista en la que se sustancia la pretensión de lanzamiento de terceros ocupantes de inmuebles objeto de subasta o adjudicación (arts. 661 y 675 LEC) o de sentencia de condena (art. 704 LEC). Pero tampoco aquí se observa una relación causal de los males de la ejecución civil con la forma predominantemente escrita del procedimiento que cupiera revertir optando por la forma oral de los actos.

51. La ejecución civil y, más precisamente, la ejecución dineraria, es un ámbito que precisa de una intervención legislativa que ponga fin a la manifiesta ineficiencia, dejación y lentitud para alcanzar la efectividad de la tutela judicial que el art. 24.1 CE asegura a los justiciables. Al cabo de más diez años de la profunda reforma procesal que supuso la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, con su completa reordenación de funciones de los jueces y los letrados de la Administración de justicia —algunas, contrarias al art. 119.3 CE—, los datos demuestran que la esperada agilización de la ejecución no se ha alcanzado, pese a la agilidad y a la facilitación en la gestión de la ejecución que ha introducido la tecnología a través de la creación del Punto Neutro Judicial o del Portal de Subastas del BOE. El análisis de los problemas y de las soluciones excede con mucho de este trabajo, pero hay que abordar un cambio que, a un tiempo, salvaguarde la reserva jurisdiccional y revista de garantías esta materia, por un lado, y que, por otro, acorte las profundas distancias que existen entre los medios materiales de los Juzgados de Primera Instancia, mixtos y de Familia para ejecutar sentencias y demás títulos ejecutivos, y las estructuras y el grado de especialización que existen en los servicios de recaudación de la Administración pública en cualquiera de sus niveles territoriales. A mi modo de ver[20], la solución no puede venir ni por alterar la forma externa del proceso de ejecución, puesto que esta medida por sí misma no asegura ni el éxito ni el acortamiento de la duración del proceso, ni por desjudicializar la ejecución y ponerla manos en profesionales privados en contra de nuestra tradición, sin tener en cuenta, además, el fracaso que también registran sistemas de ejecución más desjudicializados, como el italiano.

52. A la hora de valorar los datos estadísticos del proceso de ejecución español, hay que tener en cuenta, de entrada, que el proceso de ejecución civil solo finaliza —y así debe seguir siendo *ex* art. 24.1 CE— con la completa satisfacción al ejecutante del derecho que le asegura el título ejecutivo (art. 570 LEC), lo que, en muchos casos, depende de factores metajurídicos, como la real insolvencia del deudor. Esto no debería cambiar para ceder a la tentación de introducir formas sustitutivas de extinción del proceso de ejecución que representan la claudicación del Estado en su responsabilidad de que la ejecución cumpla sus fines, además de un perjuicio para la posición jurídica de acreedor y del derecho de crédito, solo por mejorar los números estadísticos de duración y de resolución de asuntos. Es preciso operar sobre las causas de enlentecimiento del proceso de ejecución que las estadísticas no registran y que radican en la desidia y en la falta de especialización del personal de la Administración de justicia, que se refleja, incluso, en la buena marcha y ordenación de los actos del proceso de ejecución.

---

20. He tratado el tema de la ejecución dineraria civil en SÁNCHEZ LÓPEZ, B., *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, dentro de la colección «20 años LEC 2002», *La ejecución y las medidas cautelares,* coord., J. BANACLOCHE PALAO, ed. La Ley Wolters Kluwer, Las Rozas, 2019.

53. En el proceso de ejecución civil, el impulso procesal teóricamente de oficio se encuentra abandonado al interés del acreedor ejecutante, sobre quien pesan costes añadidos a los gravosos honorarios de abogado y procurador, como los horarios de peritos para el avalúo de los bienes embargados o los derivados de la inscripción de embargos en Registros públicos, que solo acreedores profesionales, como las entidades bancarias, son capaces de afrontar resueltamente. Incluso *de iure,* la LEC pone trabas injustificadas a las partes para obtener datos relevantes para la ejecución a través del Punto Neutro Judicial (PNJ), lo que es ilustrativo de cómo las mejoras introducidas por las nuevas tecnologías en el proceso no se han traducido en una menor onerosidad del proceso para el ejecutante.

Como es sabido, el PNJ es un portal telemático que no admite la consulta pública, sino tan solo por el personal autorizado de la Administración de justicia, y a través de él se obtiene de forma telemática e instantánea los datos económicos del ejecutado que obran en los archivos de los organismos y entidades con los que el CGPJ ha firmado el correspondiente convenio de colaboración (la AEAT, la Dirección General de Tráfico, la Dirección General del Catastro, el Instituto Nacional de Empleo, el Instituto Nacional de Estadística, la Tesorería General Seguridad Social, el Fondo de Garantía Salarial o el Cuerpo Nacional de Policía, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, etc.). Esta plataforma permite practicar electrónicamente la investigación judicial del patrimonio del ejecutado previsto en el art. 590 LEC. Sin embargo, el aptdo. 2 de este art. 590 LEC prohíbe facilitar al ejecutante aquellos datos que el ejecutante habría podido obtener por sí mismo acudiendo a los servicios de información de estos organismos[21], con lo que el carácter oneroso de esta información desactiva la eficiencia del sistema telemático de investigación judicial del patrimonio del ejecutado y es una desafortunada muestra de cómo la tecnología al servicio de la Administración de justicia acaba por no estar al servicio del justiciable.

54. Es posible, así, identificar que, sin necesidad de revertir la forma escrita u oral del proceso, los problemas de la ejecución forzosa radican en (i) la onerosidad misma de la ejecución para el ejecutante; y (ii) una mejor dotación de los ya sobrecargados medios personales y materiales de los Juzgados de la primera instancia que los acerque a los medios con que cuenta la Administración pública para la gestión y recaudación de los tributos; todo ello, para que, a la postre, se termine descargando a los particulares de los costes necesarios para dotar de efectividad a las sentencias y títulos ejecutivos que el art. 24.1 CE asegura a los justiciables.

---

21. Este aptdo. 2 del art. 590 LEC dispone que «*El Letrado de la Administración de Justicia no reclamará datos de organismos y registros cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismo, o a través de su procurador, debidamente facultado al efecto por su poderdante*».

4. La digitalización del proceso: ¿Oralidad, escritura o *tertium genus*?

55. La incorporación de las nuevas tecnologías en la justicia, especialmente a raíz de la crisis sanitaria de la covid-19, actualiza el más que centenario dilema entre la oralidad y la escritura y plantea hoy la cuestión de en qué categoría cabe situar la digitalización del proceso civil. Más concretamente, la pregunta es esta: ¿qué forma predominante de los actos procesales y del proceso mismo puede terminar arrojando la escritura digital y la oralidad telemática? ¿El carácter digital del acto altera las características que la forma tradicional homóloga transmite al conjunto del proceso?

56. La distinción entre oralidad y escritura como modos de configurar el proceso —coordinados entre sí y no excluyentes, tal y como iluminó CAPELLETTI[22]— ha atendido tradicionalmente al modo de realización de los actos procesales y al predominio de una forma u otra sobre el conjunto, y no a su documentación[23]. Decimos, así, que[24] (i) un acto es oral si se realiza de palabra —o gestualmente— ante el tribunal; y que (ii), consecuentemente, es también oral el proceso cuando los actos fundamentales del proceso —alegaciones, prueba, conclusiones— tienen lugar en una vista o audiencia a la que deban/puedan concurrir partes y terceros. Por el contrario, decimos que (i) un acto procesal es escrito cuando se realiza por medio de la escritura en soporte papel o, dicho más genéricamente, cuando se emplean signos gráficos como medio de expresión incorporado a documentos u otros instrumentos físicos o telemáticos; y (ii) consecuentemente, también decimos que el proceso es predominantemente escrito cuando la mayor parte de sus actos se realizan por escrito.

---

22. CAPELLETTI, M., «Premisas a una investigación histórico-comparativa», en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pp. 9-10.

23. Tradicionalmente, lo importante ha sido el acto procesal, el *acta*, y no el *instrumentum* que permite su archivo o constancia. De otro modo, el expediente judicial —sea documental o electrónico— acabaría por asignar forma escrita a todas las actuaciones a él incorporado. La digitalización del proceso, sin embargo, supone —como vamos a ver— un vuelco de esta idea en la medida en que difumina las barreras entre la documentación del acto y la modalidad en que se realiza, de la manera que la forma puede terminar por condicionar el contenido.

24. Esta caracterización puede verse, entre otros, en DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho procesal civil*, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., vol. I, Parte general, Editorial universitaria Ramón Areces, 4ª ed., Madrid, 2019, 233 y ss.; CUBILLO LÓPEZ, I., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal*, con BANACLOCHE PALAO, J., E, Wolters Kluwer, 4.ª ed., Madrid, 2018, pp. 99 y ss.; MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional I. Parte General*, con GÓMEZ COLOMER, J. L., y BARONA VILAR, S., Tirant lo blanch, 26ª ed., Valencia, 2018, pp. 296 y ss.; y en ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho procesal*, ORTELLS RAMOS, M. (dirección y coordinación), Aranzadi Thomson Reuters, 8ª ed., 2018, pp. 356 y ss. Es también digno de mención el reciente trabajo de GIABARDO, C.V., «Appunti tra storia e attualità sul cd. «modello orale» nel processo civile», en *Archivio giuridico*, anno CLIV, fasc. 1 2022, pp. 131-161.

En la actualidad, no se discute que los dos tipos de procesos declarativos ordinarios civiles de la LEC de 2000, aunque se inicien por escrito, están configurados como procesos predominantemente orales. Gozan de una oralidad con preparación escrita[25] y presentan —v. *infra* aptdo. 6— las consabidas características que le son propias a la oralidad, como la inmediación, la publicidad, la concentración y cierta flexibilidad procedimental, como garantías para asegurar la calidad y el acierto de la decisión.

57. Pues bien, en este escenario la tecnología ha irrumpido con la aspiración de crear una forma híbrida de «equivalente funcional»[26] de la escritura y la oralidad tradicionales de los actos procesales, aisladamente considerados. Se impone, empero, distinguir la incidencia de la tecnología en una y otra forma de los actos procesales.

58. Por un lado, la escritura digital, con el intercambio de documentos electrónicos, permite mantener la perfecta equivalencia con la expresión del pensamiento por escrito y permite conformar el expediente —desmaterializado— del proceso.

Hoy en día, tras los problemas iniciales de la falta de interoperabilidad de sistemas, funciona con cierta regularidad —y con alguna ocasional caída del sistema— la presentación y notificación de actos mediante *Lexnet*, como plataforma única de notificación electrónica en la Administración de justicia, regulada mediante el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre. También se han aprobado modelos normalizados aplicables a aquellos procesos civiles en los que cabe la autodefensa, que están a disposición del público de forma física en las sedes judiciales y también telemáticamente en la web del CGPJ[27], aunque en este punto se advierte mucho camino por recorrer.

Además de las quejas de legalidad que se han dirigido a los modelos normalizados escritos aprobados por el CGPJ[28], queda pendiente introducir una verdadera

---

25. Como decía Capelletti por referencia al proceso civil italiano, «no parece dudoso que, en la normalidad de los casos, la forma escrita no puede dejar de contribuir a la revisión, a la seriedad, a la «puntualización» de la demanda misma» («Valor actual del principio de oralidad», *loc cit.,* p. 87). Montero Aroca es claro al afirmar que «hoy no cabe admitir que el modo típico para distinguir entre un procedimiento oral y otro escrito sea el de las deducciones de las partes, es decir, el de los actos de alegación de las partes, por medio de los que formulan la pretensión y la resistencia» (*Derecho jurisdiccional I…, cit.,* p. 299. La escritura, así, de los actos iniciales no desvirtúa el carácter predominantemente oral del proceso en su conjunto.

26. Tomo la expresión de Gascón Inchausti, F., «¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?», en *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. extraordinario (2021), Tomo II *Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado*, pp. 383 y ss. Subraya este autor una idea sobre la que gira su trabajo: «Conviene insistir, no obstante, en esta noción de la equivalencia funcional: se trata de una manera de proceder que produce efectos similares a aquella que reemplaza, pero que no es idéntica a ella» (p. 391).

27. V. C.G.P.J - Modelos normalizados (poderjudicial.es).

28. V., por todos, García-Rostán Calvín, G., «Los formularios y el principio de legalidad», en Herrero Perezagua, J.F., y López, Sánchez, J. (dirs.), *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 87-102.

escritura digital basada en formularios electrónicos asistidos para que, en aquellos procesos civiles los que cabe la autodefensa, el justiciable pueda optar —de forma voluntaria— por completar y presentar por sí mismo sus pretensiones de forma telemática; y hace falta que estos formularios sean *user friendly* y cuenten con la ayuda de servicios de atención telefónica y con la de asistentes virtuales o *chatbots* que proporcionen información clara y eficaz para completar los pasos, con la finalidad de acortar activamente la brecha digital, sin limitarse a proporcionar pasivamente información a través de varias —demasiadas en número— guías de uso y videoarchivos de innegables efectos disuasorios por el alto consumo de tiempo.

Se echa, así, en falta telematizar la elaboración y presentación asistida de: (i) las peticiones iniciales de monitorio a que se refiere el art. 814 LEC; (ii) las demandas de juicio verbal a que se refiere el art. 437.2 LEC; (iii) las correlativas contestaciones a la demanda de juicio verbal a que se refiere el art. 438.2 LEC. Además, hace también falta extender el uso de formularios a la segunda instancia de estos juicios verbales determinados por su cuantía inferior a 2.000 euros y al largo número de expedientes de jurisdicción voluntaria que —más allá de la conciliación— no requieren la defensa de abogado[29]. Y, siendo esto lo deseable, lo que la eficiencia exige es que, al menos, los formularios normalizados que ya existen estén bien redactados, y no —como sucede con el formulario de demanda sucinta de juicio verbal— que induzcan al usuario al error de pensar que únicamente puede pedir la condena a pagar una cantidad de dinero y no, por ejemplo, la reparación de un electrodoméstico, la terminación de una obra o la ejecución correcta de un servicio[30].

59. Respecto del uso de la tecnología en los actos orales, la cuestión es más poliédrica y pone el foco en la generalización de la videoconferencia como punta de lanza de una venidera justicia digital y los retos que plantea en materia de garantías procesales.

Con los nuevos medios tecnológicos, lo que cualifica un acto como oral sigue siendo —sí— la realización oral del acto —lo que podría ser común tanto a una videoconferencia como a la grabación y aportación de una declaración oral para ser reproducida después—, pero sobre todo y adicionalmente: (i) la sincronía de la comunicación; y (ii) la capacidad de interrelación entre los sujetos, en unidad de

---

29. El aptdo. 2 del art. 3 LJV impone la intervención de abogado y procurador «en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente Ley» y cada expediente cuenta con normas particulares que indican en cada caso si es preciso o no abogado y procurador. V. las normas de postulación, que fueron «el principal caballo de batalla» de esta Ley, en Banacloche Palao, J., Los expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, Volters Kluwer, 2.ª edición., Madrid, 2020, p. 72-79.

30. En el mismo sentido y en esta misma obra colectiva (Capítulo 12), Bernardo San José, A., «Análisis comparativo de los procesos europeo y español para las demandas de escasa cuantía ¿la europeización del juicio verbal?», aptdo. 3.1.2.

acto. A diferencia de un archivo de audio, donde el contenido es estático, inmutable y no admite más relación que la escucha pasiva, la videoconferencia admite una interrelación en cierta medida análoga a la presencialidad física y una «inmediación telemática» entre sujetos que, aun encontrándose físicamente distanciados, mantienen, en unidad de acto, una comunicación oral síncrona y bidireccional, de tal modo que pueden —aunque con menor espontaneidad, viveza, agilidad y control espacial que la que proporciona la presencialidad física e inmediata— preguntarse, contestarse, interpelarse, interrumpirse y aun discutir entre sí, de forma dinámica, pese al carácter mediado de la comunicación. A esta oralidad alude el art. 229.3 LOPJ cuando refiere la realización del acto a «*la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes*», introducido por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

Ahora bien, el carácter mediato de la comunicación por videoconferencia arroja luces y sombras, como vamos a ver. Tomando prestadas las palabras del prof. Gascón Inchausti, «las actuaciones orales en formato telemático no aportan el mismo "valor añadido" que las actuaciones orales presenciales, especialmente cuando se trata de actos de cuyo contenido depende la toma de decisiones relevantes para las partes»[31]; o por decirlo con las del prof. Richard González, «resulta claro que la pantalla como medio físico interpuesto supone un obstáculo para la inmediación y aún para la contradicción procesal»[32].

60. *Escritura digital* y *oralidad telemática* son, así, *tertium genus* que se yuxtaponen a la tradicional y física oralidad o escritura que durante siglos han vehiculizado la comunicación humana. Y decimos *tertium genus* porque, si bien es cierto que la forma de expresión en sí oral o escrita de realización del acto no se ve alterada por sus homólogos digitales, el entorno telemático en el que se produce la comunicación termina arrojando un resultado más parecido al secular proceso eminentemente escrito del medievo que al proceso oral de los últimos veinte años.

61. Toca, así, abrir el debate de si este *tertium genus* permite al proceso en su conjunto conservar los rasgos que tradicionalmente asociamos a la oralidad y la escritura. Esta cuestión la abordó la profª. Soraya Amrani-Mekki en el *Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal* celebrado en Gandía en el año 2008 y la autora cerró su ponencia, titulada «El impacto de las nuevas tecnologías

---

31. Gascón Inchausti, F., ¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?, *loc. cit.*, p. 394.

32. Richard González, M., «La implantación de la denominada justicia electrónica en la era post covid 19», en Picó i Junoy, J., Mendoza Díaz, J. y Mantecón Ramos, A., *La prueba a debate: diálogos hispano-cubanos*, 2021, J.M. Bosch Editor, p. 141. En el mismo sentido, puede ver su precursos trabajo «Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial», en *Diario La Ley*, Nº 9654, 16 de Junio de 2020.

sobre la forma del proceso civil», con la siguiente aseveración que pone el foco en el meollo del problema: «si la expresión electrónica es híbrida, no crea, sin embargo, un procedimiento híbrido»[33].

El uso de las tecnologías con su escritura digital y su oralidad telemática facilita, sí, las comunicaciones, borra las distancias, ahorra desplazamientos, pero también trae consigo, en concreto, estas tres desventajas inmediatas: (i) problemas de fiabilidad sobre el entorno y las condiciones ambientales desde las que transmite cada sujeto y que se suman a las garantías de autenticación, seguridad y usabilidad del sistema empleado para la videoconferencia; (ii) importantes mermas de la muy preciada publicidad de los procesos, con respeto simultáneo a la protección de datos; y (iii) no pocas reticencias a admitir la llamada «inmediación digital» como un equivalente apto para colmar las exigencias del principio de inmediación sin descafeinarlo. Esto, como desventajas inmediatas; si ponemos la mirada en el largo plazo, el resultado puede terminar poniendo en cuestión la centralidad del juez-persona y su posible sustitución por plataformas digitales de justicia.

5. La mirada al pasado: la oralidad como aspiración de justicia accesible, fiscalizable y de calidad

62. La mirada al pasado nos coloca ante la aparente paradoja de comprobar que las aspiraciones de los juristas europeos no han cambiado de siglo en siglo, ayer en favor de la escritura, hoy en favor de la oralidad, pero siempre procurando impartir la mejor justicia que cada tiempo ha requerido[34]. Toca, pues, continuar y no abandonar esta senda.

63. En el IV Concilio de Letrán del año 1215, de lo que se trataba con la Decretal del Papa INOCENCIO III que introdujo la escritura en el proceso canónico era de proteger a las partes «*contra falsam assertationem iniqui judicis*»[35], es decir, de im-

---

33. AMRANI-MEKKI, S., «El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil», en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, CARPI, F., y ORTELLS RAMOS, M. (editores), vol. 1, *cit.*, p. 133. En sentido que hay que calificar de coincidente en lo sustancial, MARTÍN DIZ ha sostenido -en el mismo congreso- que «El proceso debe ser calificado como oral o escrito, no cabe un tercer género» («Oralidad y eficiencia del proceso civil: ayer, hoy y mañana», en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, CARPI, F., y ORTELLS RAMOS, M. (editores), vol. 2, *cit.*, p.29.

34. Para un recorrido histórico sobre la oralidad y la escritura del proceso civil en general, v. MILLAR, R. W., *Los principios formativos del procedimiento civil,* trad. C. Grossmann, 1945, ediar, Buenos Aires, especialmente pp. 134-166; y CAPELLETTI, M., «Las bases históricas de la oralidad en el proceso», *loc cit.* pp. 34 y ss.

35. Decretales Gregorii IX, Liber II, tit. XIX De probationibus, cap. XI *(«Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio ne falsitas veritati praeiudicet aut iniquitas praevaleat aequitati statuimus ut tam in ordinario iudicio quam extraordinario iudex semper adhibeat aut publicam si potest habere personam aut duos viros idoneos qui fideliter universa iudicii acta conscribant videlicet citationes dilationes*

plantar garantías para los justiciables frente a arbitrariedades de los jueces[36], con la finalidad de garantizar «mayores dosis de seguridad y certeza»[37], «en parte, para para proteger contra el excesivo arbitrio y en parte para poder elevar las actuaciones al Papa»[38]. Y esta escritura se veía en sintonía con que, a la vez, en materia probatoria y a diferencia del proceso tardorromano, fueran preferidas —con fundamento, incluso, bíblico— la prueba testifical directa frente a los documentos, dando lugar al conocido sistema de tarifas probatorias que, con su influencia en el proceso común, se extendió por la Europa continental[39]. En cambio, desde finales del siglo XIX la aspiración europea en materia de formas procesales ha sido implantar la oralidad en los procesos civiles como medio para superar la rigidez, el secreto, la escritura y la dispersión de actos del procedimiento medieval de tradición romano-canónica que terminó por alejar —mucho— al juez de los justiciables y del conflicto.

64. Históricamente, por influencia del proceso canónico sobre las formas tardorromanas que terminaron por prevalecer sobre la oralidad ordálica del proceso germánico, el proceso común eurocontinental —a diferencia del proceso inglés, caracterizado tradicionalmente por la predominancia de la oralidad— se ha caracterizado por la acusada escritura de todas sus fases, que se dilataban en el tiempo a causa de una rígida secuenciación de los actos. La prueba no se practicaba de forma oral y pública, sino que consistía —la prueba testifical, con una muy superior importancia de la que presenta en la actualidad— en interrogaciones secretas y escritas que estaban encomendadas a interrogadores. La revolución francesa pronto abolió —por medio de la Ley 7 fructidor del año III— el «secret de l'enquête» o secreto de la prueba testifical y dispuso que «*les témoins seraient entendus a l'audience pu-*

---

recusationes et exceptiones petitiones et responsiones interrogationes confessiones testium depositiones instrumentorum productiones interlocutiones appellationes renunciationes conclusiones et caetera quae occurrunt competenti ordine conscribenda designando loca tempora et personas et omnia sic conscripta partibus tribuantur ita quod originalia penes scriptores remaneant ut si super processu iudicis fuerit suborta contentio per haec possit veritas declarari»).

36. Capelletti lo resume en evitar «la iniquità insomma e la falsità del giudice disonesto» (*ibidem*).

37. Salazar Revuelta, M., «El derecho probatorio en el sistema jurídico del *ius commune*. Especial referencia a su recepción en España», en *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, vol. IV, 2021, p. 709.

38. Maldonado y Fernández del Torco, J., «Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 23, 1953, p. 476, con apoyo en Wyness Millar, trad. de C. Grossman, Ediar, Buenos Aires, 1949, pp. 145 y 172.

39. En tiempos de Justiniano el proceso civil ya conoció una cierta prelación o jerarquía entre las pruebas que favoreció el valor de la prueba por documentos frente a la declaración de testigos (v. C. 4.20.18 pr y *Novellae*. 73.4). Con el andar de los siglos, el mismo Papa Inocencio III declaró su preferencia por la prueba de testigos directos frente a los documentos -que eran tenidos por *vox mortua* por los jurisconsultos de la época-, y se establecieron tarifas probatorias que preasignaban el valor que debía asignarse a los testigos en función de contingentes signos externos que denotaban fiabilidad (v. *Decretales,* c. 10, X, II, 22, n. 13). En España, la Partida III. 16.32 recoge una muestra representativa de tarifa probatoria que atribuye valor probatorio a «*Dos testigos que sean de buena fama e que sean atales, que los no puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes*».

blique en présence des parties». La publicidad penetró así en la prueba testifical, pero no se mantuvo mucho tiempo. El *Code de procédure civile* de 1806 revocó parcialmente esta novedad para que la prueba testifical pudiera ser presenciada por las partes, pero no por los terceros, y su práctica quedó confiada en Francia —hasta bien entrada la mitad del siglo XX— a un *juge-commissaire* que transcribía las declaraciones para que el juez de la causa no tuviera más que leerlas por escrito antes de dictar sentencia.

En el resto del continente europeo, las aspiraciones de la oralidad no vinieron acompañadas de revoluciones ni de momentos disruptivos, aunque tampoco estuvieron exentas de toda neutralidad política. Su consagración tuvo lugar mediante, por primera vez, el Reglamento procesal civil para el imperio germánico de 1877 y, sobre todo, mediante la ordenanza procesal austríaca elaborada por Franz KLEIN en 1895, que impostó la justicia civil en un nuevo contexto publicístico y social. En este contexto de codificación de los procedimientos judiciales de finales del siglo XIX, emergió la figura de Giuseppe CHIOVENDA, considerado el «apóstol de la oralidad»[40], a quien debemos el encumbramiento doctrinal de la oralidad a los altares de las formas y los principios del proceso. Con su defensa de la oralidad, CHIOVENDA enseñó que las formas del proceso no son neutras. No solo están al servicio de los fines jurídico-políticos que alimentan una determinada concepción de la justicia, sino que, en cuanto medio técnico para impartirla, no son ajenas al designio ideológico del dictador ni instrumento neutro y desprejuiciado de aplicación de la norma sustantiva. Desde entonces, oralidad y escritura se asocian sin variación, desde los albores del siglo XX, a otros valores procesales fundamentales que se toman como correlativos de aquellos, como la inmediación/mediación del juez, la publicidad/secreto de las actuaciones, la concentración/dispersión de los actos o su flexibilidad/preclusión; y que, aunque suelen presentarse como antagónicos, no se presentan de forma absoluta, sino que representan modelos abstractos de comparación para medir el grado o la evolución de un determinado proceso[41]. Por tanto, hablar de oralidad es dar por supuesto el conjunto de características

---

40. Así se refería a él CALAMANDREI en su correspondencia del año 1949 y asegura que la exaltación del apostolado de CHIOVENDA —lo anotó en sus propios diarios— figuraba en la propia *Relazione al re* de la que CALAMANDREI fue autor y con la que el Ministro GRANDI presentó al Rey el *Codice di procedura civile* el día 16 de marzo de 1942. Sin embargo, la última versión de la exposición de motivos ya no contenía la referencia al apostolado de CHIOVENDA porque GRANDI lo había suprimido personalmente a última hora, sin dar más explicaciones, junto con una referencia a MORTARA. Lo cuenta CIPRIANI, F., en «Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovenda», publicado en *Rivista Trimmestrale di Diritto processuale civile,* 1997, pp. 749 y ss., y ahora en *Piero Calamandrei e la procedura civile, mitti, leggende, interpretazioni, documenti,* Edizioni Scientifiche Italiane, 2ª. ed., 2009, espec. pp. 158-159, donde da cuenta de lo extendida de la idea del apostolado de la oralidad de CHIOVENDA. El propio CHIOVENDA no ocultaba haber desarrollado toda una campaña de «propaganda» en favor de la oralidad, la concentración y la inmediación judicial desde la primera década del siglo pasado (CHIOVENDA, G., «Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno», en *Saggi di diritto processuale civile*, II, rist., Milano, 1993, p. 379).

41. Por brevedad se dan por conocidas las características que adornan cada modelo o sistema y se remite, como bibliografía básica, a los autores citados en la anterior nota 24.

que la oralidad introduce en el proceso, como la inmediación, la concentración de actuaciones y la publicidad, mientras que la escritura expresa el conjunto de características opuestas.

65. Es oportuno recordar lo anterior porque un exceso de digitalización en el proceso, mediante dosis de escritura digital o de oralidad telemática superiores a las que la justicia puede dispensar sin pérdida de garantías y de calidad suficiente o por debajo de la percepción que los justiciables o usuarios pueden asimilar, conduce a una suerte de «medievo digital», como resultado funcionalmente equivalente al muy escrito proceso común romano-canónico que el gran jurista del Rey Alfonso X El Sabio, JACOBO DE LAS LEYES, explicaba partido «en none tiempos», a saber:

> El primero «*es quando el home faz chamar a otro quele faga derecho*»; el segundo, «*quando uienen las partes antel iuyz*»; el tercero, «*quando el la mado dire algunas excepciones o defensiones porque se delonga el pleyto*»; el cuarto «*es: quando se comienca el pleyto*». El quinto «*es quando deuen las partes aiurar de colunpuia o de direz uerdat*»; el sexto «*es quando las partes rrazonan sobre las prouas e sobre todo el pleyto e pieden sentencia*»; y «*el nono tienpo es el tienpo de la sentencia*» [42].

Si la historia enseña que la oralidad se ha concebido como la superación de la lejanía del juez, inaccesible a los justiciables, encerrado en una atalaya de documentos y ajeno a toda suerte de controles directos e inmediatos en su quehacer jurídico, salvo el que introduce la apelación —también escrita— para verificar la aplicación de las rígidas tarifas probatorias, donde el valor de la palabra del testigo depende de su condición social, su religión o su género; si esto, en suma, ha sido así en el pasado, debemos estar vigilantes para que las ventajas de la oralidad no las revierta una digitalización del proceso que, con su escritura digital y su oralidad telemática, acabe encerrando a los jueces en una impenetrable atalaya de bytes desde la que se asomen a los justiciables y al público por vía únicamente electrónica.

6. La mirada al presente: la oralidad conquistada y sus cesiones

66. La aspiración por instaurar un proceso civil predominantemente oral se ha colmado en nuestro país con la promulgación y —más importante aun— con la efectividad práctica de la LEC de 2000. En esto la LEC enseña también una lección: la de que tan importante como el diseño legal del proceso —que siempre es mejorable y, de hecho, la LEC ha sido ya objeto de casi noventa modificaciones—, es que mate-

---

42. JACOBO DE LAS LEYES, «*Summa de los none tiempos de los pleitos*», recogida en *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del s. XIII*, Analecta, Pamplona, 2006, pp. 337-90, donde se analizan el contenido o función de cada uno de estos nueve tiempos del pleito.

rialmente se generen las condiciones que hacen posible la oralidad, la inmediación, la concentración y la publicidad de actuaciones que trajo consigo la sustitución del modelo predominantemente escrito de la LEC de 1881, por otro modelo basado —en sintonía con los nuevos tiempos de la justicia— en la oralidad.

67. No es baladí recordar que el legislador de la LEC no ha sido, en este sentido, completamente libre. Las opciones legislativas en materia procesal vienen determinadas, antes y por encima de la LEC, por lo dispuesto —en la misma línea que los principales textos internacionales de derechos humanos, en especial, el art. 6.1 CEDH— en la Constitución española, cuyo art. 120 recoge, en su aptdo. 1, el principio de la publicidad de las actuaciones judiciales («*con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento*»), mientras que en el aptdo. 2 dispone que «*Las actuaciones serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal*»; y cierra el precepto el aptdo. 3, que enuncia que «*las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*».

Por su parte, la LOPJ insiste, mediante el art. 229, en la predominancia oral y, para ello, su aptdo. 1 repite lo dispuesto en el art. 120.2 CE y añade, en el aptdo. 2, que: «*Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley*». Además, desde la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, el art. 229 LPOJ cuenta con un aptdo. 3 que introdujo la posibilidad de celebrar estos actos mediante videoconferencia:

> «*3. Estas actuaciones podrán realizarse 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 estos casos, el letrado de la Administración de Justicia del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo*».

68. Así pues, tanto la CE como la LOPJ se inclinan por la oralidad y la garantizan en aquellos actos de alegación y de prueba que consistan en declaraciones de conocimiento, informes y vistas, y que deben realizarse en audiencia pública ante el juez o tribunal y con presencia o intervención, en su caso, de las partes, a quienes se asegura la contradicción y el derecho de defensa. Con ello se trata no solo de preferir la agilidad de la comunicación verbal en la realización de los actos procesales; se trata también de asegurar que con esta oralidad se consiguen los siguientes fines:

Primero. Se consigue que el proceso cumpla con las reglas de la inmediación en sentido amplio, que en el proceso civil supone la obligatoria presencia judicial en la celebración de actuaciones orales, bajo sanción de nulidad de pleno derecho (art. 137 LEC)[43]. Esta radical opción está dirigida a impedir que los actos se realicen —como terminó sucediendo durante la larga vigencia de la LEC de 1881— ante personal no jurisdicente que presta sus servicios en la oficina judicial, en lugar de ante el juez.

Segundo. Se consigue, más precisamente, asegurar la conocida como «inmediación en sentido estricto»[44] —también llamada «verdadera inmediación»[45]—, que impone al juez que ha de dictar sentencia la obligación de asistir, presenciar e intervenir en la realización de los actos orales y, especialmente, de prueba personal, para poder formarse criterio, con percepciones directas e inmediatas, acerca de la credibilidad de los informes y testimonios antes de dictar la resolución de fondo. El art. 194 LEC obliga, en términos imperativos, a esta identidad entre el juez de la vista o juicio y el juez de la sentencia, incluso aunque sobrevengan situaciones de jubilación, con lógicas excepciones en aquellas otras de suspensión, inhabilitación o incompatibilidad de la función jurisdiccional[46].

> En palabras de la STC 16/2009, de 26 de enero de 2009[47], «*la garantía de inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración. Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de*

---

43. Bajo el título *Presencia judicial en declaraciones, pruebas y vistas*, el art. 137 LEC establece que: «1. *Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente./ 2. Las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto./ 3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación a los Letrados de la Administración de Justicia respecto de aquellas actuaciones que hayan de realizarse únicamente ante ellos./ 4. La infracción de lo dispuesto en los apartados anteriores determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones*».

44. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho procesal civil,* vol. I, *cit*, p. 238.

45. MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional I…, cit.*, p. 300.

46. El art. 194 LEC, titulado *Jueces y Magistrados a los que corresponde fallar los asuntos*, dispone lo siguiente: «*1. En los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto./ 2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los Jueces y Magistrados que, después de la vista o juicio: 1.º Hubiesen perdido la condición de Juez o Magistrado. Se aplicará, no obstante, lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo a los Jueces y Magistrados jubilados por edad y a los Jueces sustitutos y Magistrados suplentes que hayan cesado en el cargo por renuncia, transcurso del plazo para el que fueron nombrados o por cumplir la edad de setenta y dos años./ 2.º Hubiesen sido suspendidos del ejercicio de sus funciones./ 3.º Hubiesen accedido a cargo público o profesión incompatible con el ejercicio de la función jurisdiccional o pasado a la situación de excedencia voluntaria para presentarse como candidatos a cargos de elección popular*».

47. BOE núm. 49, de 26 de febrero de 2009; BOE-A-2009-3324.

> *valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para "comprobar la certeza de [los] elementos de hecho"*» (SSTC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14; 123/2005, de 12 de mayo, FJ 5).
>
> La jurisprudencia, por su parte, tutela la inmediación estricta en relación con el acto del juicio y la consiguiente sentencia[48]; pero —como ha criticado la doctrina[49]— la atenúa indebidamente en relación con la exigencia de que el mismo juez de la audiencia previa ante el que queda definitivamente delimitado el objeto del proceso sea quien luego presida el juicio y dicte sentencia. Al decir de la SAP Las Palmas de Gran Canaria (Secc. 5ª) 379/2016 de 4 de octubre[50], «*no se infringe principio alguno de inmediación por la circunstancia de que el acto de la audiencia previa y el acto de la vista del juicio, en el que se practican las pruebas admitidas, haya sido celebrado por Juez distinto, de la misma forma que no se infringe dicho principio si desde que se inicia el procedimiento y hasta que se celebra el juicio se han dictado resoluciones judiciales interlocutorias o intervenido en actos procesales por otro Juez distinto, a salvo que las actuaciones lo sean de prueba*». Esta jurisprudencia, que ya supone conformarse con menos garantías de aquellas a las que podríamos aspirar en la sustanciación de los asuntos, puede agravarse si el futuro nos trae un contexto íntegramente digital que ponga en manos de juecestramitadores o, incluso, de personal no jurisdiccional la fase preparatoria del acto de juicio.

Tercero. Adicionalmente, la oralidad facilita la concentración de actos procesales para que en una o —a lo sumo— dos audiencias con intervención de las partes, en plano de igualdad y con pleno respeto al principio de contradicción y al derecho de defensa, se desarrollen ordenadamente el mayor número de actos de alegación y de prueba que sean compatibles con una cabal ordenación del proceso. Estos matices son importantes.

La amplitud y variedad de las pretensiones jurídico-civiles y la complejidad del ordenamiento sustantivo civil y mercantil explican que los actos alegatorios iniciales del proceso civil —la demanda y la contestación a la demanda— se realizan, tras la reforma del año 2015, siempre por escrito, ante la dificultad de concentrar en un

---

48. V. por todas, la SAP Barcelona (Secc. 13ª) 631/2020 de 2 de octubre (ECLI:ES:APB:2020:878).

49. Así, entre otros, Cabezudo Rodríguez, N., *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 21 y passim.

50. ECLI:ES:APGC:2016:1791.

acto oral de juicio o vista el grueso de las actividades de sustanciación de la demanda sin merma en las condiciones de igualdad de las partes para ejercer su derecho de defensa. Consciente de esta realidad, la LEC introdujo dos procesos declarativos ordinarios cuya primera instancia sigue un modelo de oralidad preparada por escrito, dado que, por un lado, se prefiere la escritura como modo más adecuado y eficaz para presentar al tribunal las pretensiones iniciales con cierta preparación; y de otro lado, el desarrollo ulterior de la primera instancia civil basa la oralidad del proceso en la celebración de una audiencia —como en el caso del juicio verbal, v. arts. 440 y 443 LEC— o de dos audiencias —como en el proceso declarativo ordinario, con la audiencia previa al juicio de los arts. 414 y ss. y la vista o juicio de los arts. 431 y ss. LEC.

> El diseño procesal del proceso ordinario con sus dos audiencias materializa la aspirada oralidad del primero de los *Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice* aprobados mediante la Recomendación nº R(84)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa[51]. En su búsqueda por mejorar el proceso y hacer de él un instrumento de justicia más eficiente, propone que: «1. *Normally, the proceedings should consist of not more than two hearings, the first of which might be a preliminary hearing of a preparatory nature and the second for taking evidence, hearing arguments and, if possible, giving judg ent. The court should ensure that all steps necessary for the second hearing are taken in good time and, in principle, no adjournment should be allowed except when new acts appear or in other exceptional and important circumstances*». El juicio verbal, por su parte, ha encarnado la máxima oralidad con su concentración de actividades de saneamiento, fijación, prueba y conclusiones en el acto de la vista, hasta ahora, incluso después de que en el año 2015 se haya reconvertido a la escritura la contestación a la demanda por parte del demandado.

Cuarto. La oralidad comporta también el primordial sistema de control de la justicia basado en la publicidad de las actuaciones (aun con algunas excepciones), que se desarrolla de forma fácil y natural mediante el acceso de toda clase de personas y medios de comunicación social a las salas de vistas. Este control puede ser tan inmediato como permite la asistencia personal, corpórea, de todos los intervinientes y de terceros a las salas de vistas, lo que permite asistir, difundir y tomar conocimiento de primera mano de los actos realizados en la vista; como también y adicionalmente, de carácter mediato a través del acceso a las vistas de los medios de comunicación social, con la posibilidad de difundir su contenido y retransmitir las audiencias y vistas, introduciendo un mecanismo de control difuso por parte de la sociedad.

---

51. La Recomendación fue aprobada en la 37ª sesión del Comité de Ministros celebrada en fecha 28 de febrero de 1984 y puede consultarse aquí: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e19b1

69. La oralidad de la primera instancia ha permitido en estos veinte años implantar de forma efectiva la publicidad y, sobre todo, la inmediación judicial en las actuaciones procesales. Con mucha fortuna sostiene RICHARD GONZÁLEZ que la oralidad de la LEC no se basa en «proclamar la oralidad como una suerte de principio mágico que vaya a sanar el proceso, como una suerte de apuesta técnico-científica frente al principio de escritura (…), sino porque la oralidad se asocia a todo un conjunto de principios solidarios que garantizan en su conjunto la mayor eficacia posible para el instrumento social que es el proceso»[52].

> La misma Exposición de motivos de la LEC justifica la apuesta por el modelo proceso civil oral en los siguientes términos:
>
> Motivo I (…): «*La efectividad de la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la Justicia al justiciable, que no consiste en mejorar la imagen de la Justicia, para hacerla parecer más accesible, sino en estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal, tanto en su planteamiento inicial y para la eventual necesidad de depurar la existencia de óbices y falta de presupuestos procesales —nada más ineficaz que un proceso con sentencia absolutoria de la instancia—, como en la determinación de lo verdaderamente controvertido y en la práctica y valoración de la prueba, con oralidad, publicidad e inmediación. Así, la realidad del proceso disolverá la imagen de una Justicia lejana, aparentemente situada al final de trámites excesivos y dilatados, en los que resulta difícil percibir el interés y el esfuerzo de los Juzgados y Tribunales y de quienes los integran* (…)»
> Motivo XII: «(…) *La Ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas. En los juicios verbales, por la trascendencia de la vista; en el ordinario, porque tras demanda y contestación, los hitos procedimentales más sobresalientes son la audiencia previa al juicio y el juicio mismo, ambos con la inexcusable presencia del juzgador. / A grandes rasgos, el desarrollo del proceso ordinario puede resumirse como sigue./ En la audiencia previa, se intenta inicialmente un acuerdo o transacción de las partes, que ponga fin al proceso y, si tal acuerdo no se logra, se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de su controversia, se intenta nuevamente un acuerdo entre los litigantes y, en caso de no alcanzarse y de existir hechos controvertidos, se proponen y admiten las pruebas pertinentes. En el juicio, se practica la prueba y se formulan las conclusiones sobre ésta, finalizando con informes sobre los aspectos jurídicos, salvo que todas las partes prefieran informar por escrito o el tribunal lo estime oportuno. Conviene reiterar, además, que, de todas las actuaciones públicas y orales, en ambas instancias, quedará constancia mediante los instrumentos oportunos de grabación y reproducción, sin perjuicio de las actas necesarias*».

---

52. RICHARD GONZÁLEZ, M., «La implantación de la denominada justicia electrónica en la era post covid 19», *loc. cit*., p. 163.

70. Con todo, pese a todas sus evidentes ventajas, también en estos veinte años se han registrado algunos retrocesos en materia de oralidad. Son la cara y la cruz de la oralidad conquistada y de sus derivas, algunas tan inesperadas como la irrupción de la crisis pandémica generada por la covid-19.

6.1. La grabación de vistas como clave del éxito de la oralidad y fuente de problemas técnicos

71. La clave del éxito de la oralidad de la LEC ha radicado en que no mucho después de su entrada en vigor en enero de 2001 las vistas, juicios y audiencias civiles se celebraban ya ante los jueces del caso y quedaban registrados en videograbaciones; o, mejor dicho, todas las vistas se celebraban ya ante el juez del caso *porque* quedaban registradas en videograbaciones.

La imposición de la videograbación de las vistas ha sido fundamental para sacar a los jueces civiles de su despacho —también a los abogados de los suyos— y hacer realidad la presencia real y efectiva del juez en la celebración de las vistas —con el contenido y funciones que en general prevé el art. 185 LEC— y, especialmente, ha hecho posible la inmediación estricta, la que es determinante del enjuiciamiento del caso por el mismo juez, en función de la actividad probatoria y conclusiva de las partes.

> El art. 185 LEC, bajo el título de *Celebración de vista*, dispone el contenido general de las vistas: «1*. Constituido el Tribunal en la forma que dispone esta ley, el Juez o Presidente declarará que se procede a celebrar vista pública, excepto cuando el acto se celebra a puerta cerrada. Iniciada la vista, se relacionarán sucintamente los antecedentes del caso o las cuestiones que hayan de tratarse.*
> *2. Seguidamente, informarán, por su orden, el actor y el demandado o el recurrente y el recurrido, por medio de sus abogados, o las partes mismas, cuando la ley lo permita.*
> *3. Si se hubiera admitido prueba para el acto de la vista se procederá a su práctica conforme a lo dispuesto en las normas que la regulan.*
> *4. Concluida la práctica de prueba o, si ésta no se hubiera producido, finalizado el primer turno de intervenciones, el Juez o Presidente concederá de nuevo la palabra a las partes para rectificar hechos o conceptos y, en su caso, formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas*».

Esta medida secundaria de documentación consistente en la videograbación «ha acabado siendo una de las piezas clave para el funcionamiento del sistema de la LEC» (GASCÓN INCHAUSTI[53]), con todo un haz de benéficos efectos, como: (i) la mejor

---

53. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España», *loc. cit*., p. 15, a quien sigo en la identificación de las consecuencias positivas asociadas a la grabaciones de las

preparación del caso con anterioridad a la vista, lo que eleva la calidad y la eficacia de la exposición y de los argumentos; (ii) una oralidad real no sustituible por la presentación de escritos que hace posible la concentración de actos; (iii) un refuerzo de las pruebas personales, cuya grabación puede volver a visionarse antes de dictar sentencia y permite su revisión en segunda instancia; (iv) el refuerzo de la apelación como mecanismo de control de la regularidad de la vista y la prueba de la primera instancia; y (v) un refuerzo de la publicidad de las actuaciones que garantiza que no solo los asistentes tomen conocimiento del juicio, sino también todos los que puedan llegar a ver la grabación.

72. Pero, al cabo de más veinte años de vigencia de la LEC, la realidad también ha demostrado que la oralidad es cara y que requiere de inversiones económicas en medios personales y en formación el personal de la Administración de justicia[54]. Por un lado, la implantación de la oralidad de vistas ha requerido en España acondicionar las infraestructuras, ampliar salas de justicia en muchos casos y, sobre todo, instalar en todas ellas los medios tecnológicos necesarios para filmar las vistas y juicios con una calidad de audio y de video aceptable, lo que no siempre es posible sin incidencias. Esto también ha exigido, por otro lado, formar a jueces y letrados de la administración de justicia en el uso de sistemas informáticos y aproximar los sistemas telemáticos de grabación para que, a la postre, la Administración de justicia funcione en un entorno de interoperabilidad que garantice la compatibilidad y la usabilidad de los archivos que se generan.

73. Los problemas de grabación de vistas en estos años han sido y son de lo más variado: desde la falta de funcionamiento del sistema de videograbación o el olvido de su activación, hasta la correcta colocación de las cámaras y micrófonos del sistema de videograbación —que es un problema que sigue persistiendo tantos años después con el resultado de tener videograbaciones de muy mala calidad que apenas sirven a los intervinientes para refrescar la memoria—, pasando por extravíos del soporte de la grabación.

La jurisprudencia de la Sala 1.ª TS ha tratado desigualmente estos problemas diferenciando, por un lado, la inexistencia o extravío de la grabación audiovisual, que es determinante de una nulidad de actuaciones, de, por otro lado, problemas de defectuosa grabación del juicio por declaraciones o datos concretos no audibles o

---

vistas. En el mismo sentido, NIEVA FENOLL asevera que «La presencia de los jueces sobrevino cuando se dispuso la grabación de las audiencias» [«La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)», en *Revista Ius et Praxis*, Año 26, Nº 3, 2020, p. 163].

54. Es difícil no compartir la apreciación de MARTÍN DIZ de que «Es evidente que en materia de medios materiales y personales son necesarios más recursos en los órganos jurisdiccionales para el tratamiento de la oralidad que en el caso de predominio de la escritura» («Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente», *loc. cit*, p. 26). En el mismo sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., «Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España», *loc. cit*., pp. 10-11.

visibles en la grabación que tampoco constan en el acta de documentación del juicio. En este último supuesto, la jurisprudencia es claramente contraria a declarar la nulidad de actuaciones sin la alegación de una concreta y justificada causa de indefensión material, situada en la imposibilidad o graves dificultades de recurrir la sentencia por errores en apreciación de pruebas que no puedan ser fiscalizadas por problemas de visualización del juicio. «*La defectuosa grabación de las vistas por sí misma no provoca la nulidad de lo actuado*», sostiene —por último— la STS 261/2020, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1711) en jurisprudencia constante.

Para la Sala 1.ª, hay que aceptar sin más —o, más bien, padecer— que «*la grabación audiovisual de los juicios y vistas tiene unas limitaciones técnicas de las que son conscientes todos quienes intervienen en el proceso. No se está ante la grabación propia de una película o un programa televisivo, en la que se registra lo que dicen los intervinientes incluso aunque estén en movimiento, y la grabación de vídeo es de alta resolución, con posibilidad de dirigir las cámaras hacia distintos lugares, y de utilizar el zoom para acercar la imagen. En las grabaciones de los juicios y vistas, de ordinario, los micrófonos son fijos, y las cámaras son también fijas, lo que puede ser apreciado por los asistentes al acto, en concreto por los abogados de las partes. Asimismo, la resolución de grabación no es muy alta, lo que puede ser perfectamente conocido por los abogados por las grabaciones de juicios anteriores*» (STS 241/2014, de 8 de mayo[55]).

Es claro —adelantémoslo ya— que esta jurisprudencia no puede mantenerse en un futuro escenario de justicia virtual si de lo que se trata es de introducir la videoconferencia para mejorar, y no para empeorar, la calidad de la justicia. El ritmo de digitalización de la justicia y los defensores de su aceleración deberían tener en cuenta que *de facto* no se ha terminado de implantar con plenitud de garantías las condiciones en las que la tecnología de videograbación de vistas y juicios debería funcionar ya normalmente y sin incidencias en nuestros tribunales, tras más de veinte años de oralidad real. Antes, pues, de pensar en un entorno más tecnológico que puede disparar el número de problemas técnicos, debería garantizarse la calidad real de las grabaciones de vistas, que se traduce en dificultades reales para la mejor defensa de las partes y en mejorar la calidad para la justicia.

74. La presión por la videograbación de audiencias y juicios ha sido fundamental para la «conversión a la oralidad» de los procesos civiles, reforzada por la regla de la nulidad de las actuaciones realizadas sin presencia judicial del art. 137 LEC. Una vez hecha esta apuesta por la oralidad, la oralidad se ha mantenido gracias a la conciencia y a la voluntad de jueces y abogados de aprovechar sus ventajas. Sin

55. ECLI:ES:TS:2014:1864. En el mismo sentido, las STS núm. 857/2009, de 22 de diciembre, 774/2011, de 10 de noviembre, 87/2012, de 20 de febrero, 493/2012, de 26 de julio, y 327/2013, de 13 de mayo.

estos elementos —medios y voluntad— la oralidad no es nada, como demuestra que las mismas técnicas aplicadas al proceso abreviado contencioso-administrativo introducido en la LJCA de 1998 ha arrojado durante décadas dilaciones insoportables a causa, precisamente, de concentrar sus actuaciones en una vista que se convocaba a la distancia de años[56].

6.2. Los excesos y los retrocesos de la oralidad

75. También ha sucedido en estos más de veinte años de oralidad de la LEC que se han apreciado algunos defectos en el diseño de la oralidad de los procesos; en unos casos, por «exceso en el empleo de la oralidad», en otros casos, por «síntomas de fatiga» de la oralidad[57] y en otros muy pocos casos en la práctica real, como medio para superar las fronteras y ahorrar costes en la litigación transfronteriza unieuropea. El resultado ha conducido a una progresiva reducción de la oralidad que todavía se pretende recortar más aún en el PLMEP.

6.2.1. La generalización de la contestación escrita en el juicio verbal

76. El diseño general del juicio verbal introducido por la LEC se caracterizaba —con la salvedad de los juicios verbales con contestación escrita reservados para los procesos en materia de Derecho de familia— por la ausencia de contestación escrita de la demanda por el demandado y por una concentración tal de actuaciones orales en la vista del juicio verbal que ha sido fuente de problemas. A las sorpresas y zozobras para el demandante que acudía la vista sin conocer con antelación los posibles motivos de oposición del demandado se sumaban no pocas dificultades para celebrar la vista con las pruebas preparadas y listas para poder practicarse en ella cuando no se tiene conocimiento previo del número, ámbito o naturaleza de las cuestiones que resultan controvertidas entre las partes. El resultado es que se producía, en perjuicio del demandante, una merma en la igualdad de las partes; y que, con frecuencia, los problemas en la preparación de la prueba generaban sus-

---

56. Como botón de muestra, es ilustrativo el supuesto de hecho de la STC 103/2016, de 6 de junio (ECLI:ES:TC:2016:103), en la que el Juzgado Contencioso-Administrativo tardó un año en convocar la vista y esta se señaló a la distancia de casi cuatro años desde la presentación de la demanda; el TC estimó la demanda de amparo y declaró vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE (con la consabida doctrina de que «*el hecho de que la presente demora se deba a motivos estructurales, no imputables directamente al órgano judicial, no impide apreciar la vulneración del derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, pues esta situación no altera la naturaleza injustificada de dichas dilaciones, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias*»).

57. Las expresiones pertenecen, respectivamente, a GASCÓN INCHAUSTI, F., «Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil…», *loc. cit.*, p. 8, y a PICÓ I JUNOY, J., «España. El principio de oralidad en el proceso civil español», en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, CARPI, F., y ORTELLS RAMOS, M. (editores), vol. 1, *cit*. p.367.

pensiones y aplazamientos que desactivaban las ventajas de celeridad y sencillez procedimental. La reciente solución a estos problemas ha pasado por generalizar —estaba previsto en el proyecto de LEC y desde filas doctrinales se había pedido su recuperación[58]— un trámite de contestación a la demanda por escrito por parte del demandado que ha corregido el exceso de oralidad detectado en el juicio verbal. Además y de paso, también se han introducido algunas previsiones relativas a la celebración o no de la vista del juicio verbal, cuya importancia se ha recalibrado con motivo de la preparación escrita de las pretensiones de las partes.

77. En concreto, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha dado nueva redacción al art. 438 LEC para generalizar la contestación de la demanda por escrito en el plazo de diez días —la mitad del plazo que en el proceso ordinario— y ha introducido la necesidad de que en este escrito el demandado se pronuncie sobre la pertinencia de celebrar la vista, al tiempo que se prevé que el demandante, a continuación, también se pronuncie por escrito sobre la celebración de vista. Este punto es importante porque el legislador ha deslizado una previsión que permite prescindir de la celebración de juicio si, por descuido o por falta de interés real, las partes no piden la celebración de juicio, en cuyo caso la decisión de que este se celebre o no queda en manos del tribunal.

Esta conversión a la escritura de la contestación a la demanda ha transformado en íntegramente escritas las pretensiones de las partes en el juicio verbal y deja como resultado un proceso que recuerda mucho al antiguo «juicio de cognición», creado por el Decreto de 11 de noviembre de 1952 (BOE núm.337 de 2 de diciembre de 1952) como proceso declarativo ordinario dispuesto para sustanciar demandas de cuantía de menos de 5.000 euros (de hasta, exactamente, 800.000 pesetas, al tiempo de derogarse en el año 2001). Su parecido es, desde luego, mayor con este cauce procesal que con el juicio verbal de la antigua LEC (arts. 715 y ss.), previsto para sustanciar reclamaciones inferiores a los 500 euros (80.000 pesetas de entonces), que se articulaba en torno a una papeleta de demanda y a la celebración de la vista o juicio. La diferencia que distingue nuestro juicio verbal actual del juicio de cognición de 1952 radica en que ahora la celebración de la vista de nuestro juicio verbal ha dejado de ser imperativa, con claro retroceso de la oralidad.

6.2.2. El carácter eventual o no necesario de la celebración de los juicios verbales civiles

78. Con la Ley 42/2015, el tribunal del juicio verbal puede prescindir de celebrar la vista siempre que, según establece el aptdo. 4 del art. 438 LEC, «*ninguna de las*

58. Así, entre otros, Gascón Inchausti, F., «Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España», *loc. cit.*, p. 8.

partes la solicitase y el tribunal no considerase procedente su celebración», en cuyo caso el tribunal «*dictará sentencia sin más trámites*». El mismo art. 438.4 LEC refuerza la garantía de la celebración de juicio con que una de las partes lo pida, sin tener que aducir motivos; motivos que, en cambio, sí hay que alegar para oponerse al apartamiento de la solicitud de celebración de vista que se hubiera formulado. El párrafo 2 del art. 438.2 LEC dispone que:

> «*En todo caso, bastará con que una de las partes lo solicite para que el secretario judicial señale día y hora para su celebración, dentro de los cinco días siguientes. No obstante, en cualquier momento posterior, previo a la celebración de la vista, cualquiera de las partes podrá apartarse de su solicitud por considerar que la discrepancia afecta a cuestión o cuestiones meramente jurídicas. En este caso se dará traslado a la otra parte por el plazo de tres días y, transcurridos los cuales, si no se hubieren formulado alegaciones o manifestado oposición, quedarán los autos conclusos para dictar sentencia si el tribunal así lo considera*».

79. Con esta reforma del juicio verbal se han revertido los males derivados de la ausencia de una contestación escrita a la demanda que, a imagen y semejanza del proceso laboral, ha caracterizado el juicio verbal en general. Esto era necesario y se ha corregido, sin llegar a ceder a las prácticas ilegales y a los usos negligentes y descuidados que puntualmente se han tolerado en algunos tribunales, como formular por escrito las conclusiones de los arts. 433.2 y 185.4 LEC o, incluso, prescindir de la audiencia previa cuando el demandado se encuentra en rebeldía, admitiendo entonces al demandante la presentación de una nota de proposición de pruebas[59]. Estas disfunciones no son retrocesos de la oralidad, sino, más bien, ilegalidades y desmayos de la seriedad con la que merecen ser tratados los conflictos —todos, también los de menor cuantía económica— que se formalizan en los tribunales.

80. Aunque cara y exigente, la oralidad de vistas y juicios es un bien que hay que preservar. Más adelante abordaremos la trascendencia de una oralidad real, corpórea, con su trascendencia para el principio de inmediación y cuya presencialidad compromete y pone en juego otras exigencias colaterales como la formalidad, la profesionalidad y la seriedad de todos los protagonistas, sin las cuales se corre el riesgo de volver a meter en sus despachos a los jueces y a los abogados. Ahora importa señalar que solo circunstancial y justificadamente es posible prescindir del acto del juicio en supuestos excepcionales en los que la calidad y el acierto de la justicia no se coloque en condiciones de flaquear.

81. ¿Qué supuestos son estos? Por referencia al proceso ordinario, el art. 428.3 LEC permite al tribunal de la audiencia previa prescindir del acto del juicio cuando

---

59. Son muestras de las «fatigas de la oralidad» aludidas por PICÓ I JUNOY, J., *ibidem*.

las partes «*estuvieren conformes en todos los hechos y la discrepancia quedase reducida a cuestión o cuestiones jurídicas*» (art. 428.3 LEC) o «*cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales, y ni las partes ni el tribunal solicitaren la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe*» (art. 429.8 LEC). El carácter eventual del acto del juicio en el proceso ordinario está, así, justificado en la no exigencia de más pruebas que las que ya constan incorporadas a la causa al tiempo de celebrarse la audiencia previa, ni en la necesidad de conclusiones, de modo que muy bien puede debatirse en la audiencia previa la necesidad o no de juicio, ya que para entonces han quedado delimitados entre las partes los puntos de hecho y de derecho aceptados y rebatidos de forma oral y contradictoria.

En cambio, no puede —ni debe— prescindirse en el proceso ordinario de la propia audiencia previa, aunque en ella no se practique prueba. Su contenido alegatorio resulta fundamental para sanear defectos procesales y, sobre todo, para delimitar el objeto del proceso con la fundamental participación del tribunal y de los letrados en la tarea de delimitar los extremos fácticos y jurídicos que son objeto de aceptación y de controversia. Podrá pensarse que no siempre son tareas dinámicas y, en general, las audiencias previas no encandilan por su entretenimiento; pero no es una vista ociosa desde el punto de vista legal. La oralidad tiene aquí el sentido de facilitar, en unidad de acto, la mayor eficacia de los diversos fines de la audiencia previa a través de la directa y personal participación e interacción del juez y los abogados, que son sus protagonistas. Y esta interacción inmediata y personal no se lograría mediante la sustitución de esta vista por un intercambio de escritos que cumpla funciones análogas, ni mediante decisiones más radicales tendentes a suprimir toda intervención partisana y poner en manos del juez la conformación definitiva del objeto del proceso, alumbrando un modelo —tal vez, excesivamente— autoritario de proceso ordinario.

82. Se acerca peligrosamente a esto último la reciente configuración del juicio verbal, donde —como acabamos de ver— la celebración de la vista del art. 443 LEC es, desde la Ley 42/2015, opcional.

El problema que plantea el art. 438.4 LEC con su regulación de la eventual supresión de la vista arranca de las condiciones que permiten prescindir de la celebración de juicio, que son legalmente mucho más laxas que en el proceso ordinario. Aunque está previsto que la vista se celebre siempre que una de las partes lo pida, puede prescindirse de ella si las partes no piden su celebración o si desisten de su solicitud y el tribunal no la estime necesaria, lo que raramente hará sin elementos que le presionen a ello. Así, por ejemplo, sucede en los juicios verbales de cuantía inferior a 2.000 euros en los que las partes acuden autorrepresentadas y en los que acostumbra a ser necesaria la vista para que el juez asista a las partes y les ayude a

precisar correctamente el objeto del proceso y a participar en la práctica de prueba antes de resolver el asunto mediante una sentencia que es irrecurrible *ex* art. 455.1 LEC. Fuera de estos supuestos, no es baladí observar que la falta de celebración de la vista del juicio verbal conduce, por otro lado, a un juicio verbal con abogados en el que puede prescindirse no solo de la fase probatoria, sino también de la saneadora y la delimitadora que en el proceso ordinario se desarrollan en la audiencia previa y que en el juicio verbal tienen lugar concentradamente en la vista del juicio. La Ley 42/2015 las ha sacrificado poniendo la decisión de celebrar o no la vista del juicio en manos de un juez que, sin la presión de la oralidad de una anterior vista, no ha metido todavía la cabeza en el asunto y tiene en su mano desactivar todas las ventajas de la oralidad y decidir si y cómo queda delimitado el objeto de la sentencia que puede pasar a dictar por escrito sin más trámites.

El resultado es poco satisfactorio en términos de garantías del justo proceso, aunque pueda llegar a alcanzar, por la mínima, las complacientes exigencias del art. 6.1 CEDH cuyo contenido expone en esta misma obra BERNARDO SAN JOSÉ, al que me remito[60]; este derecho queda, al menos, salvaguardado hoy en día con la previsión del art. 438.2.II LEC de que la vista se celebre a demanda de cualquiera de las partes. Pero es grave la merma de oralidad y más grave aún es que sin la celebración de vista quede totalmente suprimida la publicidad del proceso, que se iguala a la de cualquier vulgar procedimiento administrativo, cuya regulación, con su falta de preclusión y sus trámites de instrucción y de audiencia resulta —en lo que a asegurar la calidad y el acierto de la resolución se refiere— más garantista que la jurisdicción, pese a la superior irrevocabilidad que corresponden a las resoluciones judiciales frente a las administrativas.

83. En suma, la Ley 42/2015 ha traído una importante reducción de la oralidad en el juicio verbal que ha alumbrado, en la práctica, una doble modalidad o *track* de juicio verbal, a saber:

— El *track* de la oralidad, para el juicio verbal «sin abogados», reservado para sustanciar demandas sucintas de hasta 2.000 euros, con jueces cercanos que ayudan a los justiciables que se autorrepresentan y cuya sentencia será irrecurrible.
— *El track* del juicio verbal «de abogados», donde la demanda ha de reunir los requisitos del art. 399 LEC, su contestación se efectúa por escrito y la sustanciación del juicio es reducible —a solicitud de las partes o, lo que es lo mismo, a la de los abogados— a la exigua expresión de permitir al tribunal resolver el conflicto —incluso en única instancia, en demandas que se sitúen en el tramo

60. V., en esta misma obra, el Capítulo 12 de BERNARDO SAN JOSÉ, A., «Análisis comparativo de los procesos europeo y español para las demandas de escasa cuantía ¿la europeización del juicio verbal?», aptdo. 2.2.1.

de 2.000 a 3.000 euros— sin conocer siquiera a los litigantes, con tan solo tener a la vista aquellas pretensiones escritas. Esto es, un juicio verbal que, por sustanciarse íntegramente por escrito cuando la eventual vista no se celebra, ni es verbal ni conlleva la celebración de juicio: un proceso totalmente escrito que arroja un modelo de justicia no solo ciega, sino también muda y secreta *ad extra*, y al que conviene muy poco su calificación de «juicio verbal».

84. En este contexto, cuando la alternativa a la oralidad es la nada, como está sucediendo en muchos juicios verbales —y se pretende generalizar en el futuro—, la celebración de la vista o juicio de forma telemática es —siempre que se retorne a la regla de su celebración por defecto y se revista su celebración telemática de garantías— una opción preferible a despachar sin juicio y por escrito los conflictos que también por escrito se plantean. Queda apuntada esta idea que permite valorar la vuelta de tuerca que pretende introducir el PLMEP en el juicio verbal con, de un lado, la potestad discrecional e inmotivada de prescindir del juicio y, de otro lado, la previsión general de que toda clase de vistas y juicios se celebren de forma telemática, según un modelo que ya encontramos en el diseño del proceso europeo de escasa cuantía (PEEC), al que me refiero a continuación.

6.2.3. El declive de la oralidad en los procesos transfronterizos

85. En el ámbito de la litigación transfronteriza observa también un claro retroceso de la oralidad del proceso, como paradigmáticamente puede verse con la configuración formal del PEEC, creado por el Reglamento (CE) nº 861/2007, del Parlamento y del Consejo, de 11 de julio de 2007, con el fin de simplificar, acelerar y reducir los costes de las demandas de escasa cuantía en asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil (RPEEC). Ahora bien, en el entorno de la litigación transfronteriza existen motivos que han justificado la opción por la escritura, pues se trata de una opción formal preferible a la dejación del ejercicio de derechos en un entorno que, en general, no favorece el acceso a la justicia.

Las distancias geográficas, el desconocimiento de la lengua y del sistema jurídico ante el que toca litigar, los mayores costes asociados a este tipo de litigación, las dificultades de notificación; en suma, costes económicos, personales y de tiempo producen un pernicioso efecto disuasorio en el ejercicio de los derechos ante los tribunales que son, a su vez, estímulos negativos para la deseada plenitud de la libertad de circulación de personas, mercancías y servicios que rige en el espacio unieuropeo (art 26.2 TFUE). Por este motivo, el legislador europeo ha confiado en la escritura para diseñar la configuración formal del PEEC como instrumento que permite superar los factores que desaniman a los ciudadanos de plantear sus reclamaciones transfronterizas en materia civil por cuantía de hasta 5.000 euros. El PEEC ofrece, así, una alternativa específica dirigida a allanar los obstáculos a la litigación transfronteriza a través de un cauce rápido, sencillo, sin abogados, que di-

buja un proceso basado en formularios escritos para litigar a distancia gracias al fomento del uso de las nuevas tecnologías.

Sin necesidad de profundizar aquí en su estudio[61], vale la caracterización con la que el propio RPEEC presenta este procedimiento unieuropeo en su Considerando 11, a saber: «*(11) Para facilitar el inicio del proceso europeo de escasa cuantía, el demandante debe realizar una solicitud, cumplimentando un formulario de demanda y presentándolo ante el órgano jurisdiccional competente (…)*». La posterior reforma del RPEEC por obra del Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, no ha hecho sino acentuar la escritura del PEEC, como se encarga de anunciar el también Considerando 11 de este otro instrumento: «(11) *El proceso europeo de escasa cuantía es esencialmente un procedimiento escrito. Las vistas orales solo deben celebrarse excepcionalmente cuando no sea posible dictar sentencia sobre la base de pruebas escritas o cuando un órgano jurisdiccional acuerde celebrar una vista oral a petición de una de las partes*».

86. No hay aquí el menor engaño: el diseño del PEEC se inspira en la escritura, como bien a las claras dispone el art. 5.1 RPEEC: «*El proceso europeo de escasa cuantía será un procedimiento escrito*». Y esta opción es posible por el escaso margen para que el tribunal opte por celebrar una vista o juicio.

El aptdo. 1 bis del art. 5 RPEEC —reformulado en el año 2015— continúa con la previsión de que «*El órgano jurisdiccional celebrará una vista oral solo si considera que no es posible dictar sentencia sobre la base de las pruebas escritas o si una de las partes así lo solicita. El órgano jurisdiccional podrá denegar dicha solicitud si considera que, habida cuenta de las circunstancias del caso, la vista oral no es necesaria para el correcto desarrollo del procedimiento. La denegación se motivará por escrito. La denegación no se podrá impugnar por separado de cualquier impugnación de la propia sentencia*».

Este art. 1 *bis* RPEEC obedece al impulso que el Reglamento 2015/242 ha dado a la videoconferencia como medio para practicar por cualquier medio tecnológico el acto de la vista, que, a su vez, ha quedado reservada para los menos y estrictamente necesarios casos previstos en el art. 8 RPEEC, que bajo el título *Vista oral* dispone —desde el año 2015— que:

---

61. Al estudio de este procedimiento, con análisis comparado con el juicio verbal, está dedicado el trabajo ya citado de Bernado San José, A., en el Capítulo de esta obra, titulado «Análisis comparativo de los procesos europeo y español para las demandas de escasa cuantía ¿la europeización del juicio verbal?», en la presente obra colectiva, al que remito. También puede consultarse, por su interés en la materia que nos ocupa, Gascón Inchausti, F., «Algunas reflexiones acerca de la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado,* vol. VI, 2006, pp. 285-308.

> «*1. Cuando se considere necesario celebrar una vista oral con arreglo al artículo 5, apartado 1 bis se celebrará dicha vista haciendo uso de cualquier tecnología de comunicación a distancia adecuada de que disponga el órgano jurisdiccional, como la videoconferencia o la teleconferencia, salvo que, habida cuenta de las circunstancias particulares del caso, el uso de esa tecnología no sea adecuado para el correcto desarrollo del procedimiento. / Si la persona que debe ser oída está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conoce del asunto, su comparecencia en una vista oral mediante videoconferencia, teleconferencia o cualquier otra tecnología de comunicación a distancia adecuada se dispondrá haciendo uso de los procedimientos previstos en el Reglamento (CE) no 1206/2001 del Consejo.*
> *2. Toda parte citada a comparecer personalmente en una vista oral podrá solicitar el uso de tecnologías de comunicación a distancia, siempre que estén a disposición del órgano jurisdiccional, basándose en que las medidas que deban tomarse para comparecer personalmente, en particular por lo que se refiere a los posibles gastos causados a dicha parte, sería desproporcionada en relación con la demanda.*
> *3. Toda parte citada a comparecer en una vista oral mediante tecnologías de comunicación a distancia podrá solicitar comparecer personalmente en la vista. El formulario normalizado de demanda A y el formulario normalizado de contestación C, establecidos de conformidad con el procedimiento a que hace referencia el artículo 27, apartado 2, informarán a las partes de que el reembolso de los posibles gastos en los que haya incurrido una parte para comparecer personalmente en la vista oral a petición de dicha parte estará sujeto a las condiciones del artículo 16.*
> *4. No se podrá impugnar por separado la decisión del órgano jurisdiccional sobre las solicitudes a que se refieren los apartados 2 y 3».*

La alternativa a la vista telemática que ofrece el RPEEC consiste en practicar por escrito cuanta prueba sea posible, aunque con ello se desnaturalice la posible configuración oral que le asigne el Derecho nacional. La preferencia por la prueba escrita la encontramos en dos previsiones del art. 9, sobre *Práctica de la prueba*: (i) la del aptdo. 2, en virtud de la cual «*El órgano jurisdiccional podrá admitir la práctica de la prueba mediante declaraciones por escrito de los testigos, los peritos o las partes*»; y (ii) la del aptdo. 4, «*El órgano jurisdiccional podrá aceptar pruebas periciales o testimonios orales únicamente si no es posible dictar sentencia sobre la base de otras pruebas*». Ambas cuentan, como broche de cierre, con la regla del aptdo. 3, en el sentido de remitir a la forma de celebración telemática «*la práctica de la prueba [que] requiera que una persona sea oída*».

87. Los actos fundamentales del PEEC son, así, escritos o se realizan por medio de videoconferencia, para recortar las distancias personales y geográficas que acompañan a la litigación transnacional. Hay que insistir en esta justificación, pues sin la finalidad de acortar las significativas distancias personales, culturales y geográficas y de ahorrar los disuasorios costes que acompañan a la litificación internacional, no es razonable tomar el PEEC como modelo de justicia. Como más adelante veremos —v. *infra*. ap. 8.1 y 8.2—, sería un error intentar generalizarlo en el plano

doméstico, en detrimento del modelo oral y presencial de la LEC. No en vano la mejor doctrina ha prevenido sobre la escritura del PEEC para advertir que «el legislador europeo acude a la escritura no porque la considere en sí misma mejor, sino porque es un instrumento más eficaz para evitar los costes añadidos de la oralidad en un ámbito transfronterizo»[62].

No hacen falta muchas explicaciones para reparar en que las mismas técnicas aplicadas a contextos distintos no producen los mismos benéficos efectos. Sin el pretexto de la internacionalidad del litigio, replicar en el ámbito doméstico el modelo escrito o telemático de la litigación trasnacional que ofrece el PEEC no es la mejor forma de mejorar, en nombre de la eficiencia procesal, las distancias de los tribunales a los justiciables y a los conflictos domésticos que la LEC de 2000 ha hecho posible con la implantación efectiva de la oralidad, la presencialidad y la inmediación real en todos los procesos. De hecho, las estadísticas de uso del PEEC no ayudan, desde luego, a promoverlo como modelo de aceptación por los usuarios, dado su rotundo fracaso[63] y las mayores tasas de duración que registra.

6.3. La forzada «transición hacia la inmediación digital» por obra de la Covid-19

88. La crisis sanitaria generada por la Covid-19 hizo su debut en la justicia española con la declaración del estado de alarma por obra del RD 463/2020, de 14 de marzo[64] —luego declarado inconstitucional y parcialmente nulo[65]—, en virtud del cual se paralizó la práctica totalidad de la actividad de los tribunales por causa de las severas medidas de suspensión de la libertad personal y de contención sanitaria, con unas pocas excepciones.

---

62. Gascón Inchausti, F., «Algunas reflexiones acerca de la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía», *loc. cit.*, p. 8.

63. Las estadísticas de los PEEC ingresados en España desde el año 2009 pueden verse en esta misma obra, en el Capítulo 12 de Bernado San José, A., «Análisis comparativo de los procesos europeo y español para las demandas de escasa cuantía ¿la europeización del juicio verbal?», aptdo. 2.3.2, así como en Santaló Goris, C.F., «A Boost in the Number of European Small Claims Procedures before Spanish Courts: A Collateral Effect of the Massive Number of Applications for European Payment Orders?, *Conflict of Laws.net,* 15 de febrero de 2022. En cuanto a los datos de duración del proceso que hemos visto páginas atrás, hay también que destacar que con sus 9'6 meses de duración en el año 2021 el PECC es un proceso más enlentecido que el común de los procesos civiles, cuya duración media ha sido de 7'2 meses en el mismo año.

64. BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020 (BOE-A-2020-3692).

65. Inconstitucionalidad declarada en la STC 148/2021, de 14 de junio (BOE-A-2021-13032), por vulneración del artículo 55.1 CE, que reserva a la declaración del estado de excepción o el de sitio la suspensión de derechos fundamentales, y por vulneración del art. 116 CE y de la Ley Orgánica 4/1981, en relación con la suspensión de derechos de los artículos 35 y 38 CE, relativos a la libertad la actividad empresarial y a la libertad de empresa.

> La Disposición adicional segunda de este RD 463/2020, de 14 de marzo, dispuso la suspensión de todos los plazos y términos procesales en todos los órdenes jurisdiccionales, con las siguientes salvedades: (i) en el orden penal, los procedimientos de *habeas corpus,* las actuaciones encomendadas a los servicios de guardia, actuaciones con detenido, órdenes de protección, actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria, cualquier medida cautelar en materia de violencia sobre la mujer o menores y la práctica de aquellas actuaciones de la instrucción que, por su carácter urgente, sean inaplazables; en el orden contencioso-administrativo, el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales y el de autorización o ratificación judicial de las medidas de requisa acordadas por las autoridades gubernamentales al cobijo de la declaración de estado de alarma; en el orden laboral, los procedimientos de conflicto colectivo y para la tutela de los derechos fundamentales; en el orden civil, las autorizaciones de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763 LEC) y las medidas de protección de menor del art. 158 CC; y, respecto de todos los órdenes jurisdiccionales, cualquiera otras actuaciones que el juez o tribunal estime necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso.

89. Con la quinta prórroga del estado de alarma se alzó la suspensión de los plazos procesales —art. 8 del RD 537/2020, de 20 de mayo[66]— y «se desescaló» la justicia con efectos de fecha 4 de junio de 2020. Con ella, las videoconferencias —de las que hasta ese momento se hacía un uso residual y justificado— cobraron el merecido protagonismo de permitir la celebración de vistas judiciales en condiciones de seguridad sanitaria para todos los intervinientes, aunque condicionada a que existieran medios suficientes y garantías en la identidad de los intervinientes y en el desarrollo de la comunicación.

6.3.1. La justicia semiconfinada de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre

90. Para preparar la vuelta a la actividad judicial durante la vigencia del estado de alarma, el Gobierno promulgó el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia[67], que ha contado con el desarrollo reglamentario y la capacidad normativa del CGPJ en materia de régimen —nada interno— de las actuaciones judiciales que tanto condiciona y determina el modo de proceder de los tribunales. La Comisión Permanente del CGPJ aprobó con fecha 11 de marzo de

---

66. BOE núm. 145, de 23 de mayo de 2020 (BOE-A-2020-5243).

67. BOE núm. 119, de 29 de abril de 2020 (BOE-A-2020-4705). Aunque no afecta a la materia que nos ocupa, su Disposición final 2, relativa a la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias urgentes adoptadas por las Administraciones públicas, ha sido también declarada inconstitucional, en este caso por STC (Pleno) 70/2022, de 2 de junio de 2022 (BOE-A-2022-11086), por vulnerar el principio constitucional de separación de poderes (arts. 103, 106 y 117 CE). Sí importan, en cambio, las dudas expresadas por TORRES ROSELL sobre el desbordamiento de estas medidas de los límites del art. 86 CE y la apropiación de la competencia legislativa de las Cortes Generales para legislar en materia procesal (TORRES ROSELL, N., «Medidas ¿organizativas y tecnológicas? aprobadas en el RD-L 16/2020», en *Diario La Ley*, Nº 9647, 5 de junio de 2020).

2020 unas *Instrucciones del Consejo General del Poder Judicial relativas a la prestación del servicio público judicial ante la situación generada por el Covid-19*, que ha seguido en vigor tras la derogación de aquel primer Real Decreto-Ley que dio paso a «la nueva normalidad» de semiconfinamiento de la justicia establecida por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia[68].

En este primer momento, anterior a la Ley 3/2020, se estableció —entre otras medidas[69]— que, durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, se evitasen riesgos sanitarios derivados de señalamientos de actos con participación de personas de riesgo y se dispuso que todo Juzgado o Tribunal se constituyera en su sede para celebrar «*los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, [que] se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello*». Así lo establecía el aptdo. 1 del art. 19 del Real Decreto-ley 16/2020, que solo excepcionaba de esta comparecencia telemática el único supuesto de «*la presencia física del acusado en los juicios por delito grave*» (aptdo. 2). Todo ello, en un entorno basado en atender en remoto al público, «*por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto*» (art. 23) y en un acceso del público a las vistas y actuaciones orales decidido por el juez o el Letrado de la AJ «*en atención a las características de las salas de vistas*» (art. 20), nada o muy poco concurridas —hay que recordar— a causa de las severas restricciones del derecho a la libertad deambulatoria. En suma, un entorno que formalmente garantiza la oralidad de las actuaciones procesales que deben realizarse mediante la palabra hablada, pero que traiciona las características que coronan la arquitectura oral del proceso.

91. El posterior art. 14 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, situó la celebración de actos orales en la misma línea de establecer su modalidad telemática por defecto y condicionada a la existencia de medios técnicos, si bien amplió la presencialidad del encausado a más supuestos que los inicialmente previstos juicios por delito grave. La celebración preferente de vistas siguió, así, supeditada a la condición de que «*los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello*» (aptdo. 1 del art. 14). Por excepción, en el orden penal la celebración en forma presencial quedó limitada a: (i) a aquellos casos en

---

68. Inicialmente prevista su finalización para el 20 de junio de 2021, la vigencia de la Ley 3/2020 ha llegado hasta la finalización de la situación de crisis sanitaria declarara por el Gobierno, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias.

69. Para un análisis detallado se recomiendan los trabajos de RICHARD GONZÁLEZ, M., «La implantación de la denominada justicia electrónica en la era post covid 19», *loc. cit.,* espec. pp. 143 y ss.; y de GASCÓN INCHAUSTI, F.,., ¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?, *loc. cit.*, espec. pp. 389-392.

los que el juez o el letrado de la AJ aprecie la necesidad de la comparecencia presencial de los comparecientes (aptdo. 6); y (ii) en razón de las garantías que deben revestir las decisiones relativas a la libertad personal del acusado, a tres supuestos específicos de comparecencia del acusado en el orden penal (aptdo. 2), que representaron una notable ampliación respecto de la normativa de urgencia, a saber:

— Los juicios por delito grave, esto es, castigados con pena igual o superior a 9 años de prisión (art. 757 LECRIM, *a contrario*).
— La «vistilla» del art. 505 LECRIM cuando se haya interesado la prisión provisional del investigado y su presencia personal la pida el propio acusado o su defensa letrada, tal y como ya se había solicitado del legislador desde las propias filas judiciales[70].
— También a petición propia o de la defensa letrada del acusado, los juicios penales cuando alguna de las acusaciones haya interesado la imposición de pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan.

Por su parte, las exploraciones médico-forenses y de equipos psicosociales en el proceso penal y en procesos de familia y capacidad, podían solo conmutar entre el examen escrito de la documentación —modalidad aplicable por defecto— o la exploración de forma presencial, aplicable de oficio o a requerimiento de las partes o del facultativo encargado (art. 16).

92. Por lo tanto, desde mayo de 2020 y hasta septiembre de 2021, a los actos procesales orales se les ha aplicado —por razones de seguridad sanitaria— un régimen de semiconfinamiento legalmente condicionado a la existencia de medios técnicos para celebrar telemáticamente las vistas.

Es importante que esta legislación de emergencia dispusiera, aunque fuera en un segundo momento, la necesaria presencia física del encausado en los términos señalados, porque ello ha supuesto una importante limitación a la aplicación del genérico art. 731 bis LECRIM. Este precepto permite, desde el año 2003 y en desarrollo de la previsión general del art. 229.3 LOPJ, la comparecencia telemática de imputados, testigos, peritos o cualquier otra persona en cualquier condición, cuando la comparecencia presencial «*resulte gravosa o perjudicial*»[71], como sucede —en situaciones de normalidad— con la declaración de personas recluidas en cen-

---

70. Así, Velilla Antolín, «¿Juicios telemáticos Sin garantías procesales, no hay juicio», en *Hay Derecho*, entrada de 18 de mayo de 2020 (¿Juicios telemáticos? Sin garantías procesales, no hay juicio - HayDerecho).

71. El art. 731 bis LECRIM, introducido Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, dispone literalmente que «*El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro*

tros penitenciarios, policiales o sanitarios, o con la intervención telemática del Ministerio Fiscal o de autoridades que se encuentran en el extranjero. Es toda una garantía procesal que, durante la pandemia, vistas penales tan importantes como aquellas en las que el encausado arriesga su libertad personal no se hayan celebrado con la inmediación «enlatada» de la videoconferencia[72]. Ahora bien, nada de esto abordó el problema de la falta de una normativa general que regule el uso de la videoconferencia en la Administración de Justicia con suficiencia de rango normativo[73] y que ahora aspiran a colmar el PLMEP y el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia (PLMED)[74].

6.3.2. La Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas del CGPJ

93. La ausencia de regulación del uso de la videoconferencia en la Administración de judicial durante la pandemia se ha visto paliada, en parte, por la Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas que fue aprobada de urgencia por la Comisión Permanente del CGPJ el día 27 de mayo de 2020[75] y que luego ha sido sustituida por una versión ampliada y corregida de la Guía del mismo título de fecha 11 de febrero de 2021[76]. La Guía se presenta a sí misma como un «avance

---

sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

72. No lo ha visto así, en cambio, la STS (Sala 2.ª) núm. 652/2021, de 22 de julio (ECLI:ES:TS:2021:314), que declaró la legalidad de un juicio penal desarrollado por videoconferencia en un supuesto típico de aplicación del art. 731 bis LECRIM en el que el acusado se encontraba en prisión y el juicio se celebró telemáticamente unos días antes de entrar en vigor el Real Decreto Ley 16/2020. Aunque, ciertamente, el problema jurídico podía resolverse de forma fácil mediante la aplicación del principio *tempus regit actum*, es una pena que las garantías del acusado en un proceso penal no merezcan una consideración más tuitiva por parte del más alto Tribunal que confiera una aplicación más restrictiva al art. 731 bis LECRIM.

73. Pasada más de una década, sigue sin cumplirse la obligación de regular el uso de los sistemas videoconferencia en la Administración de justicia, asumida por el Gobierno en la Disposición final 3.ª de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de justicia. Este compromiso se ha renovado, con una más marcada participación autonómica, en la Disposición final 12ª de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, a tenor de la cual el Gobierno, junto con las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en medios materiales y personales al servicio de la Administración de Justicia, el CGPJ y la Fiscalía General del Estado, remitirá a las Cortes un proyecto de ley que regule las normas para la celebración de actos procesales telemáticos, preservando en todo momento las garantías procesales previstas en el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa de las partes.

74. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 116-1, de 12 de septiembre de 2022 (cve: BOCG-14-A-116-1).

75. Antes de este momento, el día 10 de marzo de 2020 tomaron la iniciativa los jueces de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona con competencia en asuntos civiles, con exclusión de familia, tutela e incapacidades, para avanzar unos acuerdos unificados relativos a la celebración de vistas, muy poco desarrollados, aunque de mucha utilidad por la ausencia de normas y criterios seguros (*Revista de Derecho vLex*, Núm. 202, Marzo 2021).

76. Accesibles en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Informacion-COVID-19/Guias-y-Protocolos/ [fecha consulta 28/10/22]. En realidad, esta Guía de 11 de febrero de 2021 es una versión actualizada y acrecentada por la experiencia.

muy provisional» de la justicia digital que nos depara el futuro y proporciona unas pautas y orientaciones —recogidas de la experiencia del período de confinamiento total y del posterior de semiconfinamiento judicial— que, en lo que aquí importa, distingue en función de que la vista haya de celebrarse con la participación exclusivamente de operadores forenses o deban participar en ella justiciables o personas no profesionales del foro.

94. En las vistas con operadores forenses (aptdo. 1.2.1. de la Guía), tales como el acto de la audiencia previa, la vista de prueba y conclusiones y similares, el CGPJ considera razonable su celebración en forma telemática mientras sea necesario mantener comportamientos de distanciamiento socia; una vez finalizada la crisis sanitaria, el CGPJ muestra sus recelos a la celebración de vistas y juicios en forma telemática, aunque en términos bastante laxos. Por un lado, el CGPJ entiende aconsejable la celebración de vistas telemáticas si hay situaciones de imposibilidad o inconveniencia objetiva y justificada y siempre que la alternativa sea el aplazamiento o la suspensión de la vista presencial; pero, por otro lado, abre la posibilidad de las vistas telemáticas a unas genéricas «*razones organizativas —mejor o mayor aprovechamiento de agenda o de reparto de salas disponibles para concentrar su utilización en la celebración de actos en los que la celebración telemática no sea preferente— o por razones de flexibilidad para evitar traslado de profesionales de localidades distantes»,* que son las que, a la postre, pueden terminar consagrando las vistas telemáticas y su disminuida inmediación judicial por imbatibles razones de aprovechamiento de la agenda del decisor, aunque sea a costa de la pérdida de la verdadera inmediación.

95. En las vistas con justiciables y otras personas legas (atpdo. 1.2.2 de la Guía), para la práctica de actos tales como los interrogatorios de parte, testificales, intervención de peritos y otras pruebas y actos similares, el CGPJ ha aceptado, durante el estado de alama, la dispersión de actos procesales y su celebración de forma híbrida, intercalando actuaciones presenciales y actuaciones telemáticas y quedando estas reservadas a aquellas que tengan un número limitado de intervinientes, o una corta duración —previsible— de la vista o juicio, menor complejidad previsible de los interrogatorios o la ubicación distante de los domicilios de las personas intervinientes. La presencialidad del juicio no excluye, así, que algunas actuaciones procesales se lleven a cabo de manera telemática «*para evitar traslados inconvenientes o para mejor aprovechamiento de los recursos públicos -declaración de peritos de organismos públicos (Instituto Nacional de Toxicología, clínicas médico forenses), miembros de cuerpos policiales trasladados de localidad, testigos enfermos…».*

96. Destaca la recomendación del CGPJ —núm. 28— de que, mientras no se disponga legalmente en sentido contrario, la celebración telemática de actos de cierta complejidad —como los actos procesales en los que intervengan otras personas

diferentes de profesionales— «*se lleven a cabo con el consenso de las partes que han de intervenir*». Esta regla sobre el carácter consensuado de esta modalidad debe extenderse, ya pasada la crisis sanitaria, a toda suerte de vistas telemáticas para garantizar la aceptación de esta modalidad por parte de los profesionales y de los justiciables.

97. Antes del inicio del acto, se aconseja que el juez o presidente del tribunal imparta a las partes e intervinientes las instrucciones relativas al desarrollo de la sesión, con mención especial a las normas de respeto institucional del acto, incluido el uso de la toga en condiciones de vuelta a la normalidad judicial (núm. 23), ya felizmente restablecida por completo en la actualidad.

La vista telemática debe realizarse preservando «*su confidencialidad, así como salvaguardadas las garantías de defensa, intangibilidad de los medios de prueba y publicidad*» (núm. 35). En España, con la descentralización de la administración de la Administración de justicia, cada Administración con competencias en materia de justicia ha aprobado el empleo de distintas plataformas.

> En el llamado «territorio Ministerio» (= Castilla-León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia, Baleares y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla), las videoconferencias se desarrollan a través del programa *Webex Meeting* de la empresa CISCO, aunque también ha sido posible emplear otras de las plataformas más usuales, como *Zoom*, *Teams*, *Meet* o *Skype* que cumplen con las recomendaciones del CGPJ. En los restantes territorios se ha tendido, durante la pandemia, a migrar al programa *Webex Meeting* de CISCO, pese a algunas dudas sobre la seguridad de sus datos[77] en EE.UU. Así, como muestra, la Sala de Gobierno del TSJ de la Comunidad de Valencia acordó el día 26 de mayo de 2020, dentro del *Plan de Reactivación de la Actividad Judicial en los órganos judiciales de la Comunidad Valenciana*, utilizar el programa *Webex Meeting*[78].

98. La confidencialidad de las vistas telemáticas se traduce en excluir grabaciones del acto diferentes de las que corresponda a su documentación oficial (núm. 36) y en la obligación para los profesionales de transmitir desde dependencias que aseguren un entorno reservado y dotadas de los medios técnicos suficientes (núm. 37).

99. Las garantías de defensa suponen, en el proceso penal, que «*en las circunstancias excepcionales en las que el abogado y el acusado no se encuentren en la misma estancia durante la celebración de un juicio penal, el acusado, mientras no preste declaración, deberá contar con la posibilidad de mantener contacto perma-*

---

77. V. Cardona Fernández, A. M., «El uso de la aplicación CISCO Webex Meeting en los juzgados», en *Diario La Ley*, Nº 9820, 2021, 29 de marzo de 2021.

78. Accesible, dentro de la web del CGPJ, en >Poder Judicial>TSJ Comunidad Valenciana>En Portada.

nente y reservado con su abogado por vía telemática. Igualmente, cuando se den circunstancias excepcionales de alarma sanitaria que aconsejen que un detenido declare desde una dependencia policial sin que el abogado se encuentre físicamente presente, debe procurarse que se adopten las medidas oportunas para que pueda tener lugar la entrevista reservada con el abogado, y que esa reserva es efectiva» (núm. 38).

100. Por su parte, la publicidad obliga a que la mayor parte de las vistas hayan de celebrarse en audiencia pública, lo que en el entorno telemático exige alguna de estas adaptaciones que durante la pandemia han sido más un desiderátum que una realidad: (i) con carácter general, se recomienda como forma más idónea de publicidad la asistencia del público a la sala de vistas del órgano que celebre el acto u otra dependencia judicial diferenciada donde pueda observarlo en circuito cerrado, procurando adoptar las medidas necesarias para evitar grabaciones clandestinas (núm. 40); (ii) de no ser posible la asistencia de público en la oficina judicial, el CGPJ dispone que se haga constar en el «tablón de anuncios virtual» del tribunal la información indicada en el art. 232.2 LOPJ relativa a la fecha y hora de celebración, tipo de actuación y número de procedimiento, aunque esto no es más que una publicidad aparente , sin alcance real en el conocimiento del público medio. La publicidad queda materializada en estos casos —según la recomendación del núm. 41 de la Guía—a través del «*el acceso de terceros mediante clave o invitación, que se facilitará una vez que la persona interesada se acredite, física o virtualmente, ante el juzgado o tribunal. Estas personas serán informadas de la prohibición de obtener copias de la sesión o de realizar grabaciones con dispositivos externos de la pantalla en la que visualicen la sesión telemática, y el programa informático correspondiente incorporará, hasta donde sea técnicamente posible, las medidas para impedir la grabación por los usuarios invitados o que puedan compartir video, audio o cualquier otro tipo de archivo. Cuando la asistencia de público pueda producirse de manera telemática, se considera aconsejable informar a las partes del hecho de si efectivamente existe público asistiendo a la sesión*».

De facto, las vistas telemáticas celebradas durante el largo período de estado de alarma no han gozado de publicidad, primero, por las severas restricciones de movilidad personal; más adelante, por las restricciones de acceso del público a las sedes judiciales; y, por último, por la desnaturalizada publicidad que supone un régimen basado en claves o invitaciones que no permiten el acceso general de todo tercero, sino tan solo de los «invitados». Podrá decirse que *de facto* tampoco a las vistas presenciales acude el público en general; pero una cosa es el poco interés circunstancial que puedan concitar las vistas —lo que, además, solo es cierto en parte—, y otra que institucionalmente se pongan obstáculos a la asistencia general del público a las vistas telemáticas y se someta a un régimen de autorización previa. Esto es, sin más, incompatible con el escrutinio público que debe caracterizar a la justicia en un Estado de derecho y solo puede considerarse admisible en cuan-

to justificado por circunstancias absolutamente excepcionales, como las que condujeron al primer período duro de confinamiento.

> En la actualidad, existen —aunque sean poco representativas, por lo anecdótico de su uso— dos «salas de vistas virtuales» de la Audiencia Nacional alojadas en la plataforma *YouTube* que ya emiten en directo juicios penales —pocos, hasta el momento— y que pueden también verse en diferido. La retransmisión en directo y por un canal abierto se aleja de la recomendada por el CGPJ en su Guía, pero es, sin lugar a dudas, la más respetuosa con la publicidad general de las audiencias públicas y, de hecho, es la implantada —en fase piloto en la actualidad— en el propio TJUE para retransmitir en diferido —con una ligera demora de varias horas, entre la mañana y la tarde— la celebración de vistas ante la Gran Sala del TJUE; otra cosa es el tiempo en que pueda estar disponible la retransmisión —apenas unas horas, en el supuesto del TJUE— y su afectación al derecho a la imagen y a la protección de datos de todos los intervinientes.

101. Mención aparte merece la práctica de los medios de prueba en el entorno telemático, cuyas garantías no pueden ceder ante el hecho tecnológico.

Por un lado, y en relación con la prueba documental, la Guía del CGPJ recomienda que en aquellas vistas telemáticas en las que se tenga intención de presentar prueba documental, «*ésta se facilite con antelación al juzgado o tribunal mediante un sistema que garantice su accesibilidad a los abogados de las partes para su visionado y eventual descarga* (…), *una vez que se ha adoptado la decisión de admitir los documentos*» (núms. 31 y 32). Esto ha supuesto, en la práctica, un paso hacia la «escrituración digital» del proceso a costa de la oralidad, con la necesidad de adelantar «notas de prueba» con los documentos digitalizados que genera malestar entre los abogados porque previene a la contraparte y produce una pérdida de la ventaja procesal de la sorpresa.

Por su parte, el aptdo. 2.2.2 de la Guía contempla la intervención telemática de partes, testigos y peritos en condiciones equivalentes a su práctica en modalidad presencial. A estos efectos, la Guía considera que lo más adecuado es que estas personas diferentes de los profesionales intervengan desde una dependencia judicial, sea esta la del propio órgano o sea la del tribunal de su lugar de residencia; y que se adopten medidas, físicas o tecnológicas, como la creación de las «salas de espera virtuales», «*que impidan que testigos y peritos tengan conocimiento del desarrollo de la sesión en tanto se produce su intervención*» (núm. 42).

102. Tratándose de la celebración telemática de vistas en el orden penal, la regla es la presencialidad en los supuestos previstos en el art. 14 de la Ley 3/2020, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan. «*Sólo en situaciones de manifiesta imposibilidad de celebración presencial, y siempre que no resulte indicada la suspensión y aplazamiento, se considera aconsejable llevar a*

cabo la celebración telemática, para lo que se procurará cumplir con las exigencias de defensa y garantías procesales consideradas por la jurisprudencia». Nótese que esta jurisprudencia —valga recordarlo— ha sido —negativamente— flexibilizada por la ya mencionada STS (Sala 2.ª) núm. 652/2021, de 22 de julio[79] hasta un punto que la Guía del CGPJ no ha podido anticipar.

La guía, por lo demás, recomienda que el examen forense de detenidos, investigados y víctimas «*sea en todo caso presencial, sin perjuicio de la posibilidad de rendición telemática del informe ante el juez o tribunal cuando ello resulte indicado*».

103. Como conclusión, cabe señalar que las recomendaciones de la Guía ponen de manifiesto los problemas que se han encontrado los tribunales, durante el estado de alarma, para celebrar vistas telemáticas mediante normas seguras y claras —también para los usuarios de la justicia— antes de echarlas a rodar. Al término del estado de alarma en octubre de 2022, persiste la carencia de un régimen normativo que regule el uso de la videoconferencia en la Administración de justicia, pero el verdadero problema ya es ahora otro: que los proyectos legislativos de eficiencia procesal y de eficiencia digital que deben venir a colmar este vacío imaginan ya una justicia digital, desconectada de toda justificación para celebrar telemáticamente vistas, a la que se le prorroga indefinidamente el régimen de semiconfinamiento del segundo estado de alarma.

7. La mirada al futuro a través de la ciberjusticia china

104. Las ventajas de la oralidad que en el año 2000 no admitían ser puestas en discusión están sufriendo —como acabamos de ver— serios retrocesos y parece que en el futuro se cierne sobre la oralidad el riesgo de convertirla en un «servicio premium» de la justicia.

105. Los riesgos que amenazan las virtudes de la oralidad vienen de la mano de un exceso de digitalización del proceso siguiendo esta doble pulsión: de un lado, la de europeizar el proceso civil nacional, dotándole de un diseño que acabe desvirtuando la oralidad mediante una exacerbada preparación escrita o digital del objeto del proceso que haga innecesaria la celebración de vistas y juicios o permita reducir la práctica de la prueba a la presentación escrita de testimonios o informes; y de otro lado, una pulsión por lo tecnológico de difícil reversibilidad. Estas palabras no obedecen a ningún miedo ancestral a los cambios, ni proceden de una persona tecnofóbica; obedecen a la constatación de lo mucho que han cambiado las relaciones sociales de todo género —también en el ámbito de la justicia— en los últimos

79. V. *supra* nota 72.

veinte años y a la preocupación de que la adaptación de la justicia al entorno digital no se haga con precipitación ni con el sacrificio de las ventajas de la oralidad ni de las garantías procesales que esta asegura, bajo el impulso patológico generado por la crisis sanitaria de la covid-19.

No es posible ignorar que allí donde antes regía la palabra como vehículo de comunicación entre las personas y de consumación de relaciones jurídicas, cogobierna ahora la «palabra escriturada» que nos devuelve toda clase de dispositivos de comunicación interconectados a través de internet, por medio de los cuales no solo nos relacionamos informalmente, sino que también celebramos una parte importante de nuestras transacciones económicas. Si antes no había más realidad que la presencial, la cuarta revolución industrial ha innovado la dimensión o entorno digital por el que transitamos dejando un reguero de archivos —nuestra «sombra digital»— que es susceptible de ser cosificado y almacenado, tratado o intercambiado. Y si antes no había más justicia que la que se desarrollaba, oralmente o por escrito, de forma física, en los tribunales por y ante personas, la crisis sanitaria de la covid-19 ha dado un inesperado y desorbitado impulso al uso de las nuevas tecnologías en los procesos; en especial, con el uso de la videoconferencia, cuyo uso residual y justificado se ha agradando por las exigencias sanitarias de prevención de la covid-19 y que ahora, pasado —en los países occidentales— lo peor de la pandemia, se pretende erigir, sin transición ni matices, en el medio de celebración ordinario de vistas y audiencias en el PLMEP, sin casi excepciones.

106. Es vano —y nadie pretende— mantener a la justicia en una burbuja temporal para hacerla inmune a las innovaciones, pero debemos tener la prevención de que la tecnología no arrolle la oralidad conquistada y revierta sus ventajas para terminar creando un «medievo digital» y despersonalizado desde el que impartir justicia a distancia, con intercambios de archivos e, incluso, con sustitución de la figura del juez por sistemas virtuales de decisión basados en inteligencia artificial (IA). El ejemplo de la ciberjusticia china —que no es una muestra aislada, sino la punta de lanza del *e-commerce* mundial y, con ella, también de la resolución de litigios en línea u *Online Dispute Resolution*, ODR[80]— nos concede el «privilegio del espectador» y nos permite asomarnos al futuro digital que se dibuja en el horizonte, para ver cuánto de deseable —y cuánto de compatible con los rasgos del proceso eurocontinental— tienen los tribunales y procesos telemáticos. Valga advertir que el ejemplo chino de justicia digital —cuya realidad práctica desconozco y, por otro

80. La justicia digital impartida por tribunales virtuales o íntegramente desde plataformas electrónicos es también una realidad, además de en China, en Canadá, en Australia o en Reino Unido. La elección del modelo chino como objeto de la relación obedece a tres motivos: primero, porque se trata de la potencia económica que más directamente compite por el cetro del comercio electrónico mundial y, por tanto, con mayores opciones para determinar el ritmo de la digitalización al resto de países; segundo, por la recentísima unificación y actualización de sus normas procedimentales en los años 2021 y 2022; y tercero, por la utilidad de algunas de estas previsiones, de las que me ocupo en el texto.

lado, tampoco es fácil conocer por la férrea intervención política de la información china— sorprende por la flexibilidad y por las garantías que ofrece al justiciable para separarse de la tramitación electrónica o para celebrar las vistas en una pluralidad de modalidades que el prelegislador español ha orillado en el PLMEP.

7.1. La reforma de la ciberjusticia china de 2021

107. Fruto de su *Five-Year Reform Outline of People's Courts (2019-2023)*, la República Popular de China presume de haber implantado desde el año 2017 una potente estructura de justicia digital que le permite contar con plataformas de resolución de litigios en línea basadas en la voluntariedad de la tramitación electrónica[81]. Esta estrategia ha sido propiciada por el auge del comercio electrónico operado en o desde China y se ha visto especialmente intensificada a raíz de la pandemia de la covid-19, aunque su experiencia digital arranca de sus tres precursores cibertribunales, el *Hangzhou Internet Court*, el *Beijing Internet Court* y el *Guangzhou Internet Court*. La preexistencia de estos tribunales y su funcionamiento desde los años 2017 —el primero— y 2018 —los otros dos—, si bien transmite la idea de un posiblemente magnificado arraigo de «ciberjusticia» que acaso se aleje de su importancia real[82], ha servido a los fines de compilar y promulgar —a lo largo del año 2021— reglas comunes y centralizadas de ciberjusticia que buscan proteger los derechos de los usuarios y, con ello, alimentar un motor de la economía china por el que también corresponde velar ahora a todos los tribunales chinos.

> Los datos del año 2021 relativos a la ciberjusticia china no están basados —hay que advertirlo— en estadísticas judiciales confiables, sino en la información semioficial de un opaco informe anual conjunto del *Institute of Law* y la *Chinese Academy of Social Sciences and China's Social Sciences Academic Press*, indirectamente difundida por autoridades chinas. Los tribunales chinos presumen, según estas

81. Sobre la implantación y el desarrollo de la justicia digital en China desde 2018 en que entró en funcionamiento el *Hangzhou Internet Court*, he empleado como fuentes a Zheng, G. G., «China's Grand Design of People's Smart Court», en *Asian Journal of Law and Society*, 7 (2020), pp. 561-582 (doi:10.1017/als.2020.20); LIAO, T., «How Emerging Technologies Shape the Face of Chinese Courts?», en *Conflic of law,* November 10, 2021, v.e.; SHI, C., Sourdin, T. y LI, B., «The Smart Court - A New Pathway to Justice in China», en *International Journal for Court Administration*, 12(1), p.4. DOI: http://doi.org/10.36745/ijca.367; CAO, Z, «Online Dispute Resolution Mechanism in China: Principle of Proceedings and Impact of Technologies», en *China & WTO Rev*. 2022:1; 29-62; Tang, Z. S., «Virtual Hearing in China's Smart Court», en Conflicts of laws.net, 14 de noviembre de 2021; y, en español y con referencia también a la ciberjusticia canadiense, Ercilla García, J., «Tribunales virtuales y procedimiento online: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Pamplona, n.5 (mayo 2020), pp. 257-288.

82. En este sentido, TANG sostiene que si bien antes de la Covid-19 existía la previsión legal de celebrar en línea las vistas y audiencias y existían ya los tres cibertribunales mencionados, su aplicación era escasa y su implantación encontraba las lógicas resistencias culturales del apego a la tradición por lo presencial (TANG, Z. S., «Virtual Hearing in China's Smart Court», *loc. cit.*).

> fuentes, de haber recibido solo en el año 2021 un total de 11.44 millones de litigios presentados en línea y resuelto cerca de 1.3 millones de litigios; mientras que fueron «mediados en línea» más de 24.46 millones de asuntos, habiéndose llegado a un acuerdo en el 63 % de ellos[83].

108. Con la mucha o poca —pero incontrastable, en todo caso— experiencia acumulada en los últimos cinco años, las buenas prácticas de los tres cibertribunales de Hangzhou, Beijing y Guangzhou han sido compiladas y depuradas —con consulta a jueces nacionales, académicos, abogados y empresas de Internet—, por el *Supreme People's Court* (el Tribunal Supremo chino), que a lo largo del año 2021 ha aprobado tres conjuntos de reglas comunes en estos tres segmentos fundamentales de la ciberjusticia china:

— Para la litigación judicial en línea, las *Online Litigation Rules of the People's Courts*[84], aprobadas en la sesión nº 1838 del Comité Ejecutivo del *Supreme People's Court* celebrada el 18 de mayo de 2021, y aplicables desde el 1 de agosto de 2021.
— Para para la resolución alternativa de asuntos mediante mediación, las *Online Mediation Rules of the People's Courts*[85], aprobadas en la sesión nº 1.859 del Comité Ejecutivo del del *Supreme People's Court* el día 27 de diciembre de 2021, y en vigor desde el pasado 1 de enero de 2022.
— Y para mejorar la eficiencia y calidad del sistema y prestar servicios de gestión basados en internet, *big data*, *cloud computing*, *mobile internet*, AI y *block chain*, encontramos las *Online Operation Rules of the People's Courts*[86], aprobadas en la sesión nº 1.861 del Comité Ejecutivo del *Supreme People's Court* el 30 de diciembre de 2021, en vigor desde el pasado 1 de marzo de 2022.

109. Estas reformas procedimentales han puesto fin a la hasta ahora jurisdicción limitada y especial que han caracterizado a los tres cibertribunales de Hangzhou, Beijing y Guangzhou. Por un lado, la jurisdicción de estos tribunales ha dejado de estar limitada al ámbito del consumo electrónico y de las infracciones de la propiedad intelectual por internet y se ha extendido a la generalidad de asuntos civiles, administrativos y algunos penales acelerados; estos asuntos pueden, por otro lado, ser ahora resueltos tanto en mediación como de forma heterocompositiva, sin que los tribunales se dediquen en exclusiva a una u otra forma de resolución. Y al mis-

---

83. Lo refiere la web del *Supreme People's Court*, haciéndose eco de noticias semioficiales (v. Chinese courts increasingly handling cases online].

84. Accesibles —en inglés— en https://english.court.gov.cn/pdf/OnlineLitigationRulesofthePeople'sCourts.docx [acceso el día 06.09.2022].

85. Accesibles —en inglés— en https://english.court.gov.cn/pdf/OnlineMediationRulesofthePeople'sCourts.docx [acceso el día 06.09.2022].

86. Accesibles —en inglés— en https://english.court.gov.cn/pdf/OnlineOperationRulesofthePeople'sCourts.docx [acceso el día 06.09.2022].

mo tiempo, la centralización de estas normas está sirviendo al propósito de extender y promover los sistemas de ODR entre los más de 3.500 tribunales chinos llamados a aplicarlos (más un buen sinnúmero de instituciones acreditadas de mediación).

110. A lo que no se ha puesto fin es al carácter voluntario de la tramitación en línea para los usuarios de la ciberjusticia china. Es importante subrayarlo por su trascendencia para garantizar la neutralidad digital mientras se acortan brechas digitales, pero también para mantener la corporeidad de la justicia y, con ella, la credibilidad de los propios tribunales. A mi modo de ver, es toda una salvaguarda del derecho al justo proceso que el proceso telemático o los cibertribunales no se erijan en la única y excluyente modalidad de justicia que el Estado proporcione para la resolución de conflictos.

Los sistemas de ODR chinos siguen siendo, así, cauces opcionales y voluntarios para la tramitación telemática del litigio que presentan carácter alternativo a la tramitación presencial o fuera de línea del proceso; e, incluso, se permite dentro del mismo proceso judicial —como vamos a ver— cierta disociación y concurrencia de actos realizados en forma presencial y actos realizados fuera de línea, pero siempre basados en la voluntariedad de las partes y seguidos de un juicio sobre la pertinencia de su uso por parte del tribunal. Si bien el tema merece un análisis más atento del que puede ofrecerse aquí, veremos a continuación una selección de varios elementos fundamentales en el diseño formal del proceso telemático chino: (i) su voluntariedad y alternancia con actos presenciales; (ii) la escrituración o digitalización de la prueba; (iii) el régimen legal de las audiencias de los juicios en línea civiles, mercantiles y administrativos; (iv) las disposiciones especiales para la celebración en línea de juicios penales; y (v) el régimen publicidad de las actuaciones en línea.

7.2. La voluntariedad y la conmutación de la tramitación electrónica del litigio

111. Con solo 39 artículos, las *Online Litigation Rules of People's Court* (OLR) trazan las bases de la ciberjusticia china de naturaleza contenciosa, que se extiende a materias no solo civiles, sino también —y a diferencia de España, hasta ahora— a la materia penal.

> El art. 3 delimita su ámbito material a: (i) litigios civiles y administrativos, (ii) procesos judiciales penales acelerados, casos de conmutación de penas y libertad condicional y aquellas causas penales que no sean aptas para sustanciarse mediante un juicio fuera de línea por razones especiales; (iii) procedimientos civiles especiales, procesos de reclamación de deudas, procedimientos de quiebra y supervi-

> sión de la conformidad legal de los casos no litigiosos; (iv) la ejecución civil y administrativa y la ejecución penal que involucren litigios civiles; y (v) otros asuntos que sean aptos para ser juzgados en línea (en enumeración abierta que no es, precisamente, ejemplo de predeterminación legal).

Los principios en los que se asientan las OLR son cinco, enunciados en el art. 2, a saber: (i) el principio de legalidad y voluntariedad; (ii) el principio de equidad y eficiencia; (iii) el principio de protección de los derechos; (iv) el principio de conveniencia y beneficio para las personas; y (v) el principio de seguridad y confiabilidad. De todos ellos, importa ahora el principio de voluntariedad del art. 2 OLR, en virtud del cual resulta necesario el consentimiento informado y expreso de las partes para la sustanciación telemática del asunto, sin que pueda el tribunal obligar a las partes a la tramitación telemática del litigio ni aplicarlo de forma encubierta y no consentida.

112. El art. 4 OLR exige recabar el consentimiento expreso de todas las partes e informarles y facilitarles enlaces a la información de derechos, obligaciones, consecuencias jurídicas y métodos de operación de la plataforma en línea. Una vez obtenido el consentimiento no se vuelve a recabar y el litigio se sustanciará en línea, con ciertas salvedades que permiten alternar entre la modalidad telemática y la presencial e, incluso, desactivar la primera. Una vez prestado el consentimiento a la sustanciación telemática, cabe también el desistimiento para separarse de la realización de actos en línea, si bien se exige que la solicitud se presente con anterioridad a que se realice el acto en línea y que no concurran circunstancias fraudulentas o abusivas, como el retraso deliberado del proceso (art. 5). Llama la atención que la tramitación en línea pueda ser tan flexible e, incluso, revestir carácter híbrido o parcial, tanto en un sentido objetivo como en un sentido subjetivo, lo que indica una mayor flexibilidad de la que cupiera presuponer en un código de justicia telemática, aunque —también cabe imaginar— esto pueda ser a costa de la concentración de actuaciones. Es posible, así, distinguir las siguientes situaciones:

— Si todas las partes están conformes y optan por aplicar el litigio en línea, este se tramitará en línea [art. 4 (2) OLR], aunque las partes posteriormente se mantengan inactivas y no participen en las actividades del litigio en línea (art. 6 OLR). Esto, empero, no significa que no quepa dejar de tramitar en línea algún acto del proceso, como después se verá. Con todo, el consentimiento de la partes es necesario, pero no suficiente. El art. 4 OLR pone en manos del tribunal la decisión de aplicar la modalidad en línea a la sustanciación del litigio a la luz de las circunstancias del caso, los deseos de las partes, las condiciones técnicas y otros factores.
— Cabe también que algunos de los litigantes accedan a la tramitación telemática y otros no, en cuyo caso el art. 4(3) OLR permite sustanciar el proceso en forma híbrida, de tal manera que los actos se realizarán de forma telemática

con las partes que consintieron en esta modalidad y se realizarán de forma presencial u *offline* con las partes que no hayan consentido en la tramitación electrónica.

— Cabe también que las partes desistan de la tramitación en línea de todos o de algunos actos del proceso, siempre que la solicitud se presente en un plazo razonable y el apartamiento se produzca antes de que concluya el acto o fase en cuestión (art. 5 OLR). Si el tribunal considera injustificada la solicitud o imputable a motivos torcidos como el causar retrasos en el procedimiento, puede acordar que la sustanciación del proceso prosiga de forma presencial.

113. Es posible, así, que se practique de forma telemática solo alguno o varios de los actos del proceso, sin sustanciar de forma íntegra el proceso entero. Esto presenta el inconveniente de introducir un factor de dispersión de los actos, pero también la ventaja de la flexibilidad para que el tribunal y las partes puedan adaptar la modalidad a sus necesidades y conveniencias. Esto es posible por la más o menos implícita secuenciación del proceso en el que puede distinguirse: (i) su formalización por escrito; (ii) la aportación de los documentos y los materiales probatorios (arts. 11-13 ORL), seguida de (iii) una flexible fase instructoria en la que el tribunal tiene reconocida (art. 14 OLR) la facultad de —según la elección de las partes y las circunstancias del caso— organizar a las partes para llevar a cambio el intercambio de pruebas en línea; y (iv) sobre todo, la posibilidad de celebrar estas vistas para el intercambio de prueba en línea e interrogatorios conforme a una doble modalidad sincrónica o asincrónica con arreglo a las normas de los arts. 20 y 21 ORL. En cualquiera de estos casos, el proceso telemático chino puede conmutar a la modalidad presencial por motivos como —según el art. 5— la concurrencia de impedimentos para la tramitación en línea a causa de falta de medios tecnológicos, enfermedad o ausencia; o también a instancia de una parte que solicite, por razones específicas y atendibles, la participación de las restantes en interrogatorios, contrainterrogatorios, debates, etc. en forma presencial. El art. 5 menciona, entre estas razones específicas que permiten conmutar, a instancia de parte, a la modalidad presencial, la dificultad o complejidad del caso, la necesidad de que declaren testigos en la sede física del tribunal o sea necesario presentar pruebas para el contrainterrogatorio, las alegaciones o el debate y similares. A esta razones se suman otras adicionales dispuestas en otros preceptos para casos específicos, como las circunstancias del art. 21 OLR que hacen improcedente la celebración de audiencias en línea, como veremos.

7.3. La escrituración/digitalización de las pruebas

114. Las OLR merecen, así, un juicio favorable en la manera de garantizar o respetar la voluntad de las partes. No se exige ninguna motivación para poder negar el consentimiento expreso a la tramitación en línea ya en el inicio del proceso telemático.

El demandante presta su consentimiento con la presentación de su escrito inicial, debiendo, primero, completar la autenticación de su identidad en línea antes de acceder a una cuenta especial que permite iniciar sesión en la plataforma de litigios. Presentada la demanda por escrito —escritura digital—, esta debe superar el trámite específico de admisión del art. 9 ORL, dirigido a subsanar defectos —entre ellos, el pago de las tasas judiciales chinas— y a comprobar la idoneidad de la materia y del caso para ser sustanciado telemáticamente y entregar el aviso de aceptación del caso y el aviso de prueba y materiales del litigio. Por su parte, al demandado se le notifica a continuación el comienzo del litigio en línea y se le pregunta si acepta participar, en cuyo caso —art. 10 OLR— debe acceder también debidamente identificado a la plataforma de litigio en los tres días siguientes y, a partir de ahí, ingresar su contestación y cargar las pruebas de que disponga. Si el demandado no acepta la sustanciación del litigio en línea, el tribunal dará curso al proceso dirigido contra él en la forma dispuesta para el proceso presencial (art. 10 OLR).

115. La substanciación del proceso depende, en todo, de la eficacia de la plataforma de resolución de litigios en línea que, a su vez, está llamada a ser, gracias a una ficción creada por animación digital, un «juez-avatar» encargado —como luego se verá— de la tramitación del proceso y de todas sus decisiones, salvo la sentencia. El art. 23 ORL únicamente se encarga de aclarar que el litigio en línea se sustancia conforme a las disposiciones procesales que sean ordinariamente de aplicación y que en el entorno virtual siguen rigiendo los derechos y las garantías procesal básicas de las partes, como la presentación de pruebas, la práctica de contrainterrogatorios, declaraciones y la participación en debates.

Como resulta del comunicado oficial de la *Supreme People's Court* de fecha 25 de mayo de 2022 dirigido a impulsar la aplicación de la tecnología blockchain en el ámbito judicial[87], la función de verificación de pruebas ya se realiza virtualmente a través de una plataforma basada en tecnología blockchain, que hacen que la tramitación y aun las decisiones procesales sobre la admisión de la prueba estén a cargo de la propia plataforma de resolución de litigios, personificada en un juez-avatar, al que me referiré más adelante.

116. La sustanciación de un litigio en línea arroja sobre las partes la carga de completar e ingresar directamente la demanda, la contestación, la reconvención, los dictámenes de peritos y demás documentos y materiales del litigio en la plataforma telemática. Así viene recogida en el art. 11 OLR, que transfiere a los litigantes la carga de procesar electrónicamente los documentos para subirlos directamente a la plataforma del litigio ya escaneados, fotocopiados o transcritos. Esta sustanciación telemática encuentra las lógicas dificultades relacionadas con, por una par-

87. V. https://english.court.gov.cn/2022-05/25/c_761407.htm.

te, la real disponibilidad para los litigantes de ordenadores, dispositivos, acceso a internet estable y medios materiales en general y, por otra parte, con las competencias y habilidades personales de carácter tecnológico que pueden no estar al alcance de todos los usuarios[88]. El mismo 11 OLR trata de paliar este problema con la previsión de que, en aquellos supuestos en que haya dificultades materiales para presentar digitalmente los materiales electrónicos, el tribunal puede ayudar a las partes a procesarlos electrónicamente fuera de línea e importarlos a la plataforma; lo que, en la práctica, se está solucionando con la instalación en las sedes físicas de los tribunales chinos de terminales que ayudan en el proceso de digitalización y carga de los documentos.

117. Los materiales electrónicos presentados por las partes requieren un trámite ulterior de verificación y admisión antes de poder ser empleados en el juicio telemático, como disponen los arts. 12 y 15 OLR. Junto a esta previsión, existen varias normas específicas sobre la aportación de materiales electrónicos de carácter probatorio. Así, destaca la que permite al tribunal recabar la entrega de documentos originales —art. 12 ORL— cuando existan dudas de manipulación, la ley exija incorporar originales o resulte necesario para el juicio; o las disposiciones específicas sobre la prueba electrónica almacenada a través de la tecnología blockchain o cadena de bloques (arts. 16 y 17 ORL), que se acompañan de normas sobre la práctica de operaciones de confirmación y pruebas periciales para verificar la integridad de los datos almacenados (arts. 18 y 19 ORL).

Lo normal, como dispone el art. 13 ORL con carácter general, es que el tribunal valide la prueba presentada si: (i) la contraparte no ha cuestionado los materiales electrónicos; (ii) su formación digital se ha protocolizado notarialmente; (iii) los materiales han sido ya empleados y tenidos por prueba en un proceso anterior; (iv) el documento digital se ha cotejado con su original; o (v) si otras evidencias acreditan la autenticidad de los documentos.

118. Respecto de los testimonios de testigos y peritos, resulta fundamental la previsión del art. 26 ORL que cuida de que su comparecencia en el litigio en línea se produzca en condiciones equivalentes a las dispuestas con carácter ordinario para la comparecencia presencial, esto es, con la garantía de que, antes de que les corresponda intervenir, no pueden tomar conocimiento del desarrollo de la vista, ni ser disturbados ni vistos por otros, a cuyo fin las ORL abren la posibilidad de crear lugares en línea de espera y de disponer de salas de testimonios en línea para su interrogatorio. También es fundamental esta norma porque matiza bastante lo dicho sobre

88. Por referencia al estado de la digitalización en España, vale mencionar que, según el informe DESI (*Digital Economy and Society Index*) del año 2022, la tasa de personas con capacidades digitales básicas se ubica en un muy digno 64 %, superior a la media UE (del 54 %) , pero siguen siendo datos que no justifican que la justicia española pase a impartirse digitalmente.

la voluntariedad de la sustanciación telemática, en el sentido de que, cuando alguna de las partes no está conforme en que el testimonio del testigo o del perito se realice en línea, se requieren razones que han de ser valoradas por el tribunal antes de resolver la modalidad en que se practicará la prueba.

119. Por lo demás, la documentación de todo el material probatorio se realiza de forma telemática mediante la generación de archivos electrónicos del asunto que están sometidos a gestión informatizada a través de varias plataformas; sin perjuicio de ello, para la conservación de aquellos archivos en papel que haya sido preciso incorporar —por, ejemplo, para los raros casos de verificación de la identidad *ex* art. 7 ORL, además de los mencionados del art. 13 ORL— se aplican las reglas generales sobre gestión del tradicional proceso físico (art. 35).

7.4. La celebración de las audiencias del litigio en línea

7.4.1. La presencia del juez (¿avatar?) en las vistas

120. Es de señalar que ninguna norma de las ORL hace referencia a la inmediación judicial del proceso en línea chino, es decir, a la exigencia de que los jueces-personas que conforman el órgano judicial, asistan y presencien las vistas, con independencia de la modalidad sincrónica o asincrónica de su celebración para las partes. Las ORL son muy abiertas y, por su carácter complementario de la legislación procesal general, pueden resultar ambiguas. Por un lado, podría pensarse que las audiencias se celebran con la «presencia sincrónica de un juez-persona», como equivalente funcional de la tradicional inmediación; pero varias de las ORL presuponen la existencia de un «juez-avatar» con funciones tramitadoras. Por ejemplo, los arts. 16 y 17, sobre la verificación tecnológica de la regularidad de las pruebas electrónicas a través de tecnología blockchain; o el art. 24, donde se contempla que, en caso de celebrar sesiones del juicio en un entorno que no sea la sala de vistas en línea, debe informarse al presidente del tribunal para que lo apruebe, lo que constituye una muestra de la excepcional intervención de un «juez-persona» en el proceso telemático. La prueba pública que se hizo en agosto de 2017 en el *Internet Court de Hangzhou* permite afirmar con ERCILLA GARCÍA que «los juicios se celebran ante un Juez IA, un avatar que se encuentra presente durante la «Vista», pero que tiene una labor puramente pasiva, da la palabra a las partes, sanea el proceso y son los litigantes quienes hacen las preguntas oportunas a terceros intervinientes (testigos, perito, etc.). A continuación, esa IA empaqueta toda la información sobre el procedimiento y se la pasa al Juez presidente»[89]. Si se considera algún otro ejemplo

89. ERCILLA GARCÍA, J., «Tribunales virtuales y procedimiento online: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria», *loc. cit.,* p. 165. En la muestra pública del Internet *Court de Hangzhou de 2017,* «El juicio se desarrolla ante una interfaz gráfica en la que a un lado se encuentra un avatar con forma de juez y al otro lado, en pantalla dividida, los litigantes, que operan a través de videoconferencia. En dicho juicio el ava-

que, por idioma y difusión pública, está a nuestro alcance[90], se confirma que más que ante una vista telemática judicial, es un trámite coreografiado de intercambio de archivos realizado en una plataforma en línea que la animación digital personifica en un «juez-avatar» y que ambientalmente se desarrolla en una «sala de vistas en línea», pero cuya única humanidad radica en la que aportan los propios usuarios o justiciables. Desde las coordenadas españolas, la falta de presencia del juez-persona a la vista es incompatible con las exigencias de la inmediación ínsitas en los derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías de art. 24 CE y del art. 47 CDFUE y, por elevación, con el derecho a un tribunal consagrado en el art. 6 CEDH.

7.4.2. Procedencia y modalidades de celebración de las vistas

121. Los arts. 14, 20 y 21 ORL definen los supuestos en los que cabe celebrar las vistas de forma sincrónica o asincrónica, y, por exclusión, de forma presencial, en función de la voluntad de las partes y de ciertas limitaciones impuestas a la celebración telemática de la audiencia. En este punto, hay que prevenir frente a la irrealidad que pueden transmitir unas normas cuya práctica real se desconoce, como se desconocen también estadísticas fiables de la justicia china. Lo que no engaña es que, cuando menos, se han pensado y promulgado normas que admiten una doble modalidad de celebración telemática, como alternativa a la tradicional celebración presencial de vistas y que su celebración cuenta con un desarrollo normativo, aunque sea «aspiracional».

122. Así, si las partes optan por intercambiar pruebas en línea de forma sincrónica o simultánea o si, por defecto, no acuerdan otro modo de realización en línea de la audiencia de prueba, la vista telemática se celebrará de forma sincrónica. Las partes serán emplazadas por el tribunal para acceder a la plataforma de litigio en un momento determinado para que, en una sesión colectiva de videoconferencia, puedan presentar sus testimonios y pruebas, como vídeos, documentos digitales y transcripciones, así como pronunciarse sobre los materiales de prueba que se hayan cargado en la plataforma de litigio en línea o sobre las copias de las pruebas que hayan sido presentadas al tribunal presencialmente u *offline*.

---

tar va haciendo una serie de preguntas estereotipadas acerca de la admisión de prueba y de su impugnación, la práctica de alguna prueba testifical y la conclusión del juicio» (ERCILLA GARCÍA, J., «Tribunales virtuales y procedimiento online: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria», *loc. cit.,* p. 162).

90. Por ejemplo, otra muestra parcial de vista telemática síncrona difundida para los medios de comunicación puede verse en *AI judges and verdicts via chat app: the brave new world of China's digital courts | AFP , en la plataforma - YouTube* [acceso 28.10.22]. Pero, con todo, tengo que expresar mis reservas sobre que esto sea una práctica real y generalizada en China, y no una muestra sobredimensionada por políticas propagandísticas.

Esta modalidad telemática sincrónica está regulada en el art. 21 ORL que, ulteriormente, deja en manos del juez acudir a esta modalidad en función de los deseos de las partes, la situación del caso, la influencia social, las condiciones técnicas y otros factores, sin que pueda acordarse esta modalidad sincrónica en línea en los siguientes supuestos expresos:

— Cuando todas las partes estén expresamente en desacuerdo o una parte exprese su desacuerdo basado en razones legítimas;
— Cuando no todas las partes dispongan de las condiciones y capacidades técnicas para participar en la práctica de prueba en línea;
— Cuando sea necesario verificar la identidad, verificar originales y verificar objetos físicos a través de la audiencia judicial;
— En los asuntos que presentan dificultad y complicación por abundancia de las prueba, cuando el tribunal considere que la audiencia en línea no es propicia para la mejor determinación de los hechos y aplicación del derecho;
— Cuando el caso afecte a la seguridad del estado o secretos de estado;
— Cuando el caso tenga un impacto social significativo y haya recibido amplia atención;
— Y por la concurrencia de otras circunstancias que determinen, a juicio del tribunal, la improcedencia de la celebración de la vista en línea.

Si en el curso de la sesión el tribunal aprecia que el caso se encuentra en alguna de las circunstancias anteriores, puede acordar conmutar de modalidad y acordar que el juicio se celebre de forma presencial o fuera de línea. En todo caso, una vez completado el procedimiento judicial, los actos ya realizados son válidos y legalmente vinculantes.

123. Alternativamente, las partes pueden consentir en la celebración de la vista de forma asincrónica, siempre que lo convengan todas las partes y que, adicionalmente, no concurran —se entiende— alguno de los anteriores supuestos que hay que considerar como incompatibles con toda modalidad telemática, sea sincrónica o asincrónica.

En la modalidad telemática asincrónica, la espiritualizada celebración de la vista la gestiona el tribunal emplazando a las partes para que, dentro un plazo razonable que el tribunal determina, accedan a la plataforma de litigios para —según las previsiones del art. 20 ORL— intentar llegar a un acuerdo e intercambiar pruebas, investigaciones y dictámenes de forma asincrónica. En realidad, esta vista espiritualizada y asincrónica, aunque supone la realización de actos de viva voz, está más cerca de la «escritura digital» que de una genuina oralidad, pues no deja de basarse en un intercambio de archivos y en la grabación de conductas reactivas ante su visionado, y cuya asincronía pervierte las características del enjuiciamiento oral. Por tanto, aunque se emplee la palabra hablada en estos trámites de audien-

cia, la asincronía telemática de estas «vistas» desnaturaliza todos los benéficos efectos de la oralidad, como la inmediación judicial, la participación contradictoria de las partes o la concentración de actuaciones, y se acerca al muy medieval procedimiento «por tiempos» de JACOBO DE LAS LEYES.

124. El sistema de audiencia telemática asíncrona está pensado para ser aplicado a casos muy poco complejos fáctica o jurídicamente, que será donde —esto es solo una manera de hablar— «pueda prescindirse» de la espontaneidad y flexibilidad de un debate cruzado, y en los que no resuelte pertinente practicar prueba testifical. Recuérdese que el art. 5 ORL permite al tribunal, al visionar el intercambio de pruebas, conmutar la tramitación al modo tradicional de vistas presenciales cuando el caso presente dificultad, complejidad, sea necesaria la declaración de testigos o realizar un contrainterrogatorio o debate contradictorio. A esta previsión general se añade la específica del art. 20 ORL, que ilustra —con finalidad más propedéutica que prescriptora— en qué casos puede ser recomendable acudir a esta forma de celebración de la audiencia. Aunque el art. 20 ORL exige la concurrencia cumulativa de varios requisitos, el requisito que no puede faltar es el consentimiento expreso o tácito de todas las partes. Los otros tres son, en cambio, circunstancias contingentes, a saber: 1º) que se trate de un procedimiento de poca cuantía o un procedimiento sumario civil o administrativo; 2º) que concurran dificultades para que todas las partes participen en línea al mismo tiempo o que, habiéndose producido ya el intercambio de pruebas en línea, no exista controversia entre las partes acerca de los principales hechos y las pruebas del caso; y 3.º) que las partes registren su participación en vídeo y la carguen en la plataforma de litigios.

125. Sea cual fuere el modo de celebración de la vista, el art. 34 ORL asegura y pone bajo el cuidado del tribunal la formación simultánea de transcripciones electrónicas en los vínculos del litigio, que agrupa la información sobre la mediación, el intercambio de pruebas, el juicio y la deliberación colegiada del tribunal, que, una vez verificada y confirmada en línea gozan del mismo efecto legal que la transcripción escrita. Estas transcripciones y enlaces no pueden difundirse —*ex* art. 27 ORL— sin consentimiento del tribunal, bajo sanción de considerarse actos de obstrucción a la justicia. La publicidad de las actuaciones merece atención más adelante.

7.4.3. Elementos ambientales de la vista en línea y comparecencia de los sujetos

126. Las OLR se han preocupado de que la sustanciación de las vistas telemáticas permita mantener la autoridad de la justicia china a través de sus símbolos y solemnidades. Este no es un aspecto en absoluto secundario y no puede descuidarse si se quiere reforzar la confianza en la justicia como sistema estatal de resolución de conflictos conceptualmente separado y diverso de otros modos alternativos que también se dispensan en red.

127. El art. 24 ORL establece el imperativo de que los tribunales en línea cuenten con elementos ambientales completos. Lo que se traduce en la necesidad de mantener el escudo nacional en un lugar destacado y exhibir en un área razonable de la pantalla los nombres de los jueces-persona ubicados en sus respectivos asientos. Si, por alguna excepcional circunstancia fuera preciso celebrar una vista en línea en un entorno distinto de la «sala de vistas telemática» del tribunal, se debe informar al presidente del tribunal para que la apruebe *ad casum*.

En la pantalla también se muestra a las partes y al resto de sujetos que hayan de tener participación en la vista. Como también explicita el art. 24 ORL, todos los participantes tienen, de un lado, la carga de elegir un lugar tranquilo, libre de interferencias, bien iluminado y con buena conexión a internet y, de otro lado, el deber de abstenerse de participar en el proceso desde ambientes que puedan afectar a la transmisión audiovisual o que menoscaben la solemnidad del juicio. El tribunal goza de prerrogativas para disponer que los asistentes comparezcan a un lugar preciso para celebrar la actuación en línea. Y, junto a esta previsión especial, el art. 25 ORL impone también a todo participante del juicio en línea el deber de respetar la «etiqueta judicial» y acatar la disciplina judicial, con arreglo a las normas procesales generales.

La falta de seguimiento del juicio en línea por parte de las partes determina legalmente su incomparecencia voluntaria, a menos que obedezca a fallos confirmados de internet, daños en el equipo informático, cortes de energía u otras situaciones de fuerza mayor. Si la parte abandona la sesión en línea sin permiso del tribunal y no corrige el problema después de haber sido requerida, el art. 25 ORL lo equipara al abandono de una sala de justicia presencial y cabrá depurar la responsabilidad prevista para estos casos.

7.5. Los juicios penales telemáticos

128. Las ORL no limitan su aplicación al ámbito civil o administrativo; también se aplican a la celebración en línea de procesos penales. Para ello se precisa la conformidad del Ministerio Fiscal, de las partes y del defensor del encausado y que, además, se trate de sustanciar alguna de las siguientes cuestiones penales [arts. 3(2) y 37 ORL]: (i) un procedimiento abreviado o acelerado: (ii) la conmutación de penas o la libertad condicional; o (iii) un proceso penal cuya celebración en forma presencial no se considere apropiada por las circunstancias del caso. Estas circunstancias deben ser ponderadas para acordar la tramitación en línea de todo asunto penal.

Por el intrínseco interés público de todo proceso penal en la represión de los ilícitos penales, las ORL permiten expresamente al tribunal del proceso penal en línea —y solo

en este contexto— interrogar al acusado, dirigir el proceso en línea y pronunciar sentencia también línea. Es decir, sustanciar y enjuiciar íntegramente en línea el asunto, pero con la supervisión individualizada y sincrónica de jueces-personas, en lugar de por un juez-avatar. Para estos casos, el art. 37 ORL prescribe las siguientes reglas:

— El acusado o penado que se encuentre bajo custodia puede comparecer en el juicio desde el propio centro penitenciario o lugar de detención;
— El acusado o penado que no se encuentre bajo custodia y que no pueda comparecer presencialmente ante el tribunal de enjuiciamiento por motivos atendibles puede participar en el juicio en línea desde el lugar que disponga el tribunal; y
— Los testigos y peritos deben, como regla general, comparecer presencialmente ante el tribunal, a menos que el tribunal disponga lo contrario conforme a las normas procesales ordinarias.

7.6. La publicidad de las actuaciones en línea

129. La última cuestión que merece ser resaltada de las normas chinas sobre el proceso de resolución de litigios en línea se refiere al régimen de publicidad *ad extra* de las actuaciones judiciales, al que se refiere —con remisión al régimen procesal ordinario— el art. 27 ORL. Específicamente para el proceso telemático, quedan excluidos de todo régimen de publicidad, por un lado, los casos penales sustanciados en línea relacionados con la seguridad nacional, los secretos de estado y la privacidad personal; y de otro lado, los asuntos civiles en los que estén involucrados menores, secretos comerciales, divorcio y similares, así como aquellos en los que las partes soliciten la celebración del juicio con exclusión de la publicidad. En todos estos supuestos no podrán divulgarse por internet las actuaciones del proceso en línea, sin excepción alguna relativa a las sentencias o decisiones definitivas del tribunal, lo que menoscaba la elemental garantía que supone el escrutinio de la justicia por la sociedad.

La publicidad *ad extra* se articula a través del acceso identificado como usuario público a la plataforma de resolución de litigios, previo el registro de la identidad de la persona.

Por otra parte, sin el consentimiento del tribunal popular nadie puede legítimamente grabar, interceptar o difundir los materiales de audio, video y gráficos relacionados con el proceso de juicio en línea. El régimen de publicidad se halla centralizado por la propia plataforma de resolución de litigios en línea. Así, en las escasas y poco representativas muestras públicas de juicios en línea que se han dado a conocer, la asistencia telemática del público se ha articulado mediante el acceso a las vistas a través de una cuenta personal y gratuita que permite verificar

la identidad del público asistente y que da acceso a la plataforma de litigios y visionar, como público, un juicio de celebración simultánea o acceder a los archivos de un juicio en línea concreto[91].

7.7. Epílogo sobre las ORL

130. El régimen de publicidad de las ORL nos devuelve a las prevenciones con las que se abría este apartado, relativas a la credibilidad y la representatividad real de los juicios en línea en China. La lejanía no solo geográfica, sino también cultural, de valores y de lengua con la República Popular China, unida a la ausencia de transparencia de sus instituciones y al nulo arraigo en la aplicación de un sistema tan novedoso y radical como los juicios en línea, desaconsejan tomar el sistema chino como modelo de justicia, salvo para ponerlo como ejemplo de justicia intervenida y carente de independencia.

La confección tan reciente y de nuevo cuño de las ORL alimenta la idea de que, en realidad, las ORL trasladan la imagen de un escenario más anhelado que real, aunque no cabe duda de que la férrea intervención de las autoridades gubernamentales chinas permite, con voluntad, llevarla a efecto. El meollo de la cuestión es que, de momento, no es posible contrastar ni cómo se aplican ni cuánto de común tiene la base social china a la que se quiere aplicar las ORL con nuestra base social romano-germánica, que ha conformado, con el peso de los siglos, la forma y el modo de impartir justicia en la Europa continental.

131. Si nuestras aspiraciones para mejorar la justicia han estado encarnadas —durante más de un siglo— por la oralidad y sus benéficos efectos para que un juez-persona juzgue individualizadamente un caso concreto, en las mejores condiciones posibles para interpretar y aplicar el derecho de forma independiente y sin más sometimiento que a la ley, podemos estar seguros de que el proceso telemático chino que diseña las ORL no está al servicio de la misma aspiración. Otra cosa es que cambien los designios de nuestra justicia por decisiones de política-económica. Y cosa también distinta es que existan elementos positivos de las ORL que son exportables y mejorables para su adaptación a nuestro entorno cultural.

---

91. Así lo permite la app china «Movable Micro Court», referida por TANG, Z. S., «Virtual Hearing in China's Smart Court», *loc. cit*. y por SHI, C., SOURDIN, T. and LI, B., «The Smart Court – A New Pathway to Justice in China?», *loc. Cit*.

8. ¿*Quid* de España? ¿Caminamos felices hacia el «medievo digital»?

132. Tras los retrocesos de la oralidad de los últimos años y la digitalización forzada de la pandemia, la mirada debe dirigirse ahora hacia el PLMEP. ¿Qué rasgos acentúa el PLMEP, los de la oralidad o los de la escritura? ¿Están justificadas las decisiones técnicas en mejorar los males de la justicia española? La respuesta breve a estas cuestiones es que el PLMEP aspira a aplicar a la justicia española un confinamiento digital temporalmente indefinido que no está justificado a la luz de las causas que la estadística judicial permite identificar como males de la justicia, según hemos visto en las páginas iniciales[92]. La oralidad y los benéficos efectos que la LEC ha imprimido al proceso se pierden en el PLMEP con medidas que comprenden no solo la celebración telemática de vistas, sino también la íntegra tramitación escrita —en el marco del juicio verbal— de la fase de saneamiento, delimitación del objeto del proceso y proposición y admisión de prueba, unido a la decisión discrecional e inmotivada de la celebración del acto de juicio y al novedoso y general dictado de resoluciones en forma oral.

El PLMEP, por tanto, va mucho más allá de implantar concretas medidas singularizadas para atajar los problemas de la justicia civil; entre estas, cabe contar la reconducción al juicio verbal del ejercicio de las acciones individuales en materia de cláusulas abusivas (art. 44) y la aplicación de la novedosa técnica del procedimiento testigo (art. 20-68), o las medidas —de alcance menor— en materia de ejecución (art. 20-104 y ss.). Pero los mayores cambios que trae el PLMEP no se dirigen a atajar problemas singulares de ineficiencia de la justicia, sino que pretenden una transformación de la justicia que es difícilmente reversible y que se acentúa con la obligatoriedad previa de agotar los medios alternativos de resolución de conflictos (MASC; arts. 1-17 PLMEP). Por razones de extensión, el recorrido por los aspectos formales del PLMEP será breve, antes de concluir.

8.1. La generalizada celebración telemática de vistas en el PLMEP

133. Cabe señalar que el proceso ordinario, que concentra mayores dilaciones y es causa de congestión judicial en mucha mayor medida que el juicio verbal, estructuralmente no se toca en el PLMEP y sigue articulado en torno a sus dos consabidas vistas, la audiencia previa y el acto del juicio. Ahora bien, el PLMEP no garantiza la tradicional celebración presencial de estas audiencias con todos sus intervinientes en la sede del tribunal, sino que esta se sacrifica por motivos excesivamente prag-

92. V. *Supra* aptdos. 2 y 3.

máticos que no redundan —esto es lo importante— en la mejor conformación de la base fáctica y jurídica de la decisión judicial.

La razón se encuentra en la decidida apuesta del PLMEP por que los actos de alegación y de prueba orales —tanto en el marco del juicio ordinario como en el del juicio verbal— se realicen mediante videoconferencia en dos supuestos que generalizan la modalidad telemática de las vistas: (i) a solicitud del sujeto que haya de intervenir en el proceso, cuando tenga su domicilio fuera de la circunscripción del tribunal, sin importar que se trate —o no— de un profesional, ni la distancia del domicilio; o (ii) de oficio o a instancia de parte, cuando el tribunal decida —inmotivadamente— que la audiencia previa o el acto del juicio se celebren por videoconferencia.

> La Exposición de motivos del PLMEP (aptdo. X) no llama a engaño: «*La ley introduce asimismo medidas encaminadas a evitar, en la medida de lo posible, el desplazamiento de los ciudadanos y profesionales, así como la concentración de personas en las oficinas judiciales. En este sentido, se han introducido modificaciones que permiten generalizar la celebración de vistas y otro tipo de declaraciones a través de videoconferencias. Y así, se dispone que solo se acudirá al auxilio judicial cuando no sea posible la práctica de una actuación por medio de videoconferencia, ello con las garantías y exclusiones que se contemplan*».

134. Por un lado, las disposiciones que el PLMEP pretende introducir en materia de actos procesales y de práctica de prueba personal generaliza el uso de la videoconferencia para la intervención de «*los profesionales, las partes, peritos y testigos que deban intervenir en cualquier actuación*», siempre que lo pidan con una antelación de, al menos —y no son pocos—, 10 días. Así lo dispone el proyectado art. 137 bis LEC, relativo a la *Realización de actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia* (art. 20-17 PLMEP), aunque para conocer el cabal alcance de esta disposición es necesario completarla con lo propuesto en el art. 20-27 PLMEP, relativo al auxilio judicial, en el que —de forma extravagante, mediante la reforma del art. 169.4 LEC— se impone a las partes, testigos y peritos la carga de comparecen presencialmente «*en la sede del Juzgado o tribunal que esté conociendo del asunto de que se trate*», con la salvedad de que «*el domicilio de las personas mencionadas se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente, en cuyo caso se realizará en la forma prevista en el art. 137 bis*» , es decir, mediante videoconferencia, «incluidos los actos de reconocimiento judicial» como expresa el proyectado aptdo. 2 del art. 139 LEC. Esta última previsión es concordante con lo que disponen el art. 54 PLMEP, de reforma del art. 346 LEC sobre emisión y ratificación del dictamen por el perito, y con el art. 55 PLMEP, de reforma del art. 364 LEC relativo a la declaración domiciliaria de testigos.

En este primer supuesto, el elemento del domicilio determina por igual que tanto los profesionales, como las partes, los peritos y los testigos, tengan —o no— la

carga de acudir a la sede del tribunal que conoce del proceso, aunque —se dice después— no la de intervenir telemáticamente desde la oficina judicial del domicilio o del lugar de trabajo.

> Se ha de observar que es una opción muy discutible asimilar a los profesionales del foro, como abogados y procuradores, con el común de justiciables, de testigos y de peritos, cuando tengan su domicilio fuera de la circunscripción territorial del tribunal. Esto, en partidos judiciales poco densamente poblados, puede llegar a entenderse, pero no en aquellos otros, como sucede en las provincias de Barcelona, Madrid, Valencia o Sevilla, que cuentan con muchos partidos judiciales a poca distancia o comunicados con una buena red de infraestructuras. Otra cosa es que la profesionalidad impulse la intervención en forma personal, precisamente para evitar el debilitamiento de la fuerza del discurso que conlleva, por su propia esencia mediada, toda intervención telemática.

135. Por otro lado, el PLMEP atribuye al tribunal la potestad omnímoda o incondicionada de acordar la celebración telemática tanto de la audiencia previa como del acto del juicio. Lo hace a través de sus art. 20-65 y 72, que pretenden introducir en los arts. 414.2 y 432.1 LEC un párrafo segundo con casi idéntico tenor: «*Las partes y sus representantes procesales deberán comparecer por videoconferencia o mediante la utilización de medios telemáticos para la reproducción del sonido y, en su caso, de la imagen, con los requisitos establecidos en el artículo 137 bis de esta ley, cuando el Tribunal lo acordase de oficio o a instancia de alguna de las partes» (el proyectado art. .432.1.II LEC queda diciendo lo mismo con distinto orden final).* Con esta disimulada previsión del PLMEP pretende debutar en el escenario principal del proceso español —la audiencia previa y el acto del juicio del proceso ordinario— la traída y llevada potestad de *case management* que, en la medida en que no prefigura presupuestos legales y abandona a la voluntad discrecional del juez la forma de celebración de la vista. El cambio es importante, porque si queremos que el principio de legalidad y de igualdad en la aplicación de la ley siga dotando de certeza y de seguridad a las reglas de tramitación de un proceso, el esqueleto procesal básico debería seguir proporcionando criterios estables para sustanciar el proceso en condiciones de igualdad para los justiciables. La apuesta por el *case management* tiene todo el sentido en el seno de una vista para que el tribunal dirija el debate de forma abierta y sin rígidas preclusiones entre sus distintos momentos internos ya concentrados en la vista, pero no para que un decisor que todavía no tiene por qué conocer el asunto decida a voluntad e inmotivadamente qué tipo de vista va a despachar, si presencial o telemática. A mi modo de ver, la existencia de reglas destiladas por la tradición para ser aplicadas a la sustanciación de la generalidad de los casos representa, por sí misma, el mejor ejemplo de eficiencia procesal al servicio de la justicia.

136. Nótese que, en todo caso, de lo que no se exime a los participantes telemáticos a las vistas —como es lógico, para garantizar el elemental ambiente institucio-

nal y las condiciones de independencia y neutralidad de la intervención— es de la carga de acudir a la oficina judicial del domicilio para intervenir telemáticamente desde ella. Así lo dispone el art. 20-17 PLMEP que, salvado un error de repetición de su inciso final que sigue sin haber sido depurado durante la tramitación parlamentaria, prescribe que la intervención telemática tenga lugar «*desde la oficina judicial de su domicilio o de su lugar de trabajo*»[93]. Esto significa, por tanto, que las ventajas que traen las vistas telemáticas se limitan, exclusivamente y como bien anuncia la Exposición de motivos, a evitar a las personas que tienen su domicilio fuera de la circunscripción territorial del tribunal la carga de trasladarse a la sede del tribunal del juicio, ya porque así lo pidan o ya porque el tribunal lo decida arbitrariamente. Pero la decisión es más trascendente y sus desventajas cuestionan la oportunidad de generalizar las vistas telemáticas.

137. En primer término, el abandono de la presencialidad de vistas y audiencias para optar por su celebración telemática, aunque esta revista forma híbrida con participantes telemáticos y participantes presenciales, es hoy un retroceso del PLMEP en el esfuerzo por hacer de las salas de justicias un espacio de cooperación entre las partes y con el juez. No se trata únicamente de que falten entornos virtuales ambientalmente judiciales, que —en efecto— faltan porque no se ha puesto todavía el cuidado de implantar un sistema integrado que recree los ritos y símbolos de la justicia y que funcione con fluidez. Se trata, antes, de que el contexto telemático en el que se desarrolla la vista en remoto no genera —sigue sin generar— la misma confianza y tampoco compromete con la misma intensidad con que lo hace la proximidad e inmediatez personal de la reunión de personas en el mismo lugar y tiempo, presididas por el juez, magistrado o letrado de la AJ.

La quiebra o ruptura espacial de las vistas telemáticas debilita mucho el compromiso que asumen los participantes recíprocamente y en relación con quien ha de ser el director del acto, por la sencilla razón de que lo telemático produce una distancia emocional que es muy difícil eludir en persona y en las distancias cortas. Además de en la justicia, durante la pandemia se ha visto que la videoconferencia ha permitido que se hayan desarrollado relaciones sociales de toda índole —también las familiares— como mejor alternativa al teléfono o a la nada; pero si se han de elegir las condiciones óptimas para hablar, negociar, confiar y establecer vínculos, no hay nada que iguale —de momento— la envolvente reunión física, personal y tridimensional de dos o más personas en el mismo espacio físico.

---

93. El error se ha cometido en el paso del Anteproyecto a Proyecto de ley. Mientras que en el primero se contemplaba que también fuera posible intervenir desde el Juzgado de Paz, si lo hubiere, del domicilio, el PLMEP ha sustituido esta mención por la referencia genérica a la «oficinal judicial», con lo que el previsto aptdo. 2 del art. 137 LEC ha terminado cometiendo una redundancia o repetición.

138. La validez de este argumento es trasladable al principio de inmediación judicial, no ya para crear un ambiente participativo, sino para desarrollar el juicio en las mejores condiciones para escuchar, inquirir, examinar y formarse, en suma, criterio sobre la base fáctica y los argumentos jurídicos que han de servir para decidir el conflicto en la sentencia. La pandemia ha acelerado cambios tecnológicos que sin ella hubieran necesitado décadas para alcanzar nuestra vida, como el uso de la videoconferencia. Pero es prematuro dar un salto a la celebración de vistas digitales cuando las condiciones en las que se practican no proporcionan idéntica inmediación ni garantizan la misma calidad en la convicción del juez sobre los elementos del juicio. Y sin una verdadera inmediación, la justicia arriesga la calidad de las decisiones y, sobre todo, la propia credibilidad institucional.

En este sentido, la mejor doctrina previene frente a las tentaciones de aplicar a la justicia la receta de la pandemia, que debe solo dispensarse en supuestos excepciones, justificados y proporcionales, como con toda normalidad sucedía en el período pre-covid y ha vuelto a suceder en la restablecida normalidad post-covid[94]. La razón es de peso, porque la videoconferencia —como han puesto de manifiesto Richard González y Gascón Inchausti— no deja de facilitar un «sucedáneo de inmediación», pero no un genuino equivalente funcional, por la razón de que la «inmediación enlatada» no coloca al tribunal en las mismas condiciones de apreciar todos los elementos y circunstancias con la misma plenitud e inmediatez que permite la presencia física y personal[95].

139. Y además y en tercer lugar, la celebración telemática de juicios evita la concentración de personas en la sala de audiencia del tribunal, pero no ahorra ni a los participantes ni a la justicia traslados y dispendios de tiempo, sino que multiplica

---

94. Richard González, M., «La implantación de la denominada justicia electrónica en la era post covid 19», *loc. cit,* y «Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial», *loc. cit*.; Gascón Inchausti, F.,., ¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?, *cit.,* pp. 395-398; Banacloche Palao, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», en *Diario La Ley*, n.º 9814, 19 de Marzo de 2021, aptdos. III y IV. Para Gascón Inchausti, «La ausencia de contacto personal directo de que adolecen las vistas telemáticas tal vez no comporte por sí misma una quiebra frontal de la inmediación y de la contradicción, tal y como las propugna la opción legal por la oralidad. La actividad procesal se desarrolla en todo caso ante el tribunal y resulta posible dar pleno cumplimiento a las previsiones legales acerca del contenido de cada acto (debate contradictorio usando la palabra hablada). Ahora bien, subsiste inevitablemente la sensación de que se trata de una oralidad de calidad inferior, porque determina una inmediación mermada: las pantallas y los programas imponen límites al contacto del tribunal con las partes y los demás sujetos intervinientes; se pueden perder con ello elementos de valoración y contexto, que redundarían en una mejor calidad de la actividad judicial oral y, en último término, del propio proceso» (p. 396).

95. En el mismo sentido, también desde las filas de los letrados de la AJ ha señalado la voz autorizada de Martínez Santos (Alberto) las muy diferentes condiciones que proporciona el entorno telemático frente a la superior calidad que proporciona la presencialidad: «No estamos únicamente ante un problema de identificación que, además, podría salvarse por diferentes medios, sino de escenario y de comportamientos en relación a tres intereses que suelen presentarse contrapuestos: el del Juez para conocer *la verdad*, el de los abogados para convencer al Juez de *su verdad* y, el del testigo que cree estar diciendo *la verdad*» (MARTÍNEZ SANTOS, Alberto, «La videoconferencia en el juicio civil ¿Un avance o un impulso precipitado?», *Diario La Ley*, nº 9805, 8 de Marzo de 2021, aptdo. IV.1).

las ocasiones en las que la tecnología puede fallar —y falla frecuentemente— por cada uno de los varios lugares desde los que se participa. Si cada profesional, parte, testigo o perito que deba intervenir telemáticamente en una vista o juicio ha de desplazarse presencialmente a la oficina judicial de su domicilio o de su trabajo, para que desde allí se realice la intervención, hay una multiplicación de personas y de tiempo invertido en organizar en las oficinas judiciales de todos esos lugares la participación de cada interviniente en el momento preciso en el que procesalmente se requiera (los testigos, por ejemplo, no pueden seguir el juicio telemático sino hasta el momento de intervenir, para evitar prevenciones y manipulaciones del asunto); y no es consuelo que, subsidiariamente, se pueda intervenir «*desde cualquier lugar, siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente*» (según las previsiones del proyectado art. 137 bis.3 LEC), por la merma de garantías que conlleva la total desjudicialización del entorno desde el que interviene.

8.2. El destierro de la oralidad en el PLMEP del mal llamado «juicio verbal»

140. Junto al abandono de la presencialidad de vistas en sede de disposiciones generales, el PLMEP sí reforma —y profundamente— el juicio verbal hasta transformarlo en un procedimiento predominantemente escrito: más escrito que el antiguo juicio de cognición de 1952 y aún que el juicio de menor cuantía de los arts. 680 y ss. LEC de 1881. Y lo hace introduciendo, a continuación de la contestación escrita de la demanda, una fase de intercambio de escritos (art. 20-66 PLMEP relativo al art. 438 LEC) que tiene funciones equivalentes a la audiencia previa del proceso ordinario, pero en plazo común de 5 días y, por tanto, «a ciegas», para: contestar excepciones procesales y, prefigurando el objeto de la controversia de forma partisana y sin la intervención del tribunal, proponer la prueba sobre los hechos controvertidos, facilitando todos los datos de las personas que las partes no puedan presentar por sí mismas, incluido el interrogatorio por escrito de las personas jurídicas o entidades públicas conforme al art. 381 LEC, lo que, a su vez, coloca a la contraparte en el derecho de evacuar —también por escrito, se entiende— alegaciones para pedir la ampliación de la declaración por escrito a otros extremos. No hacen falta ni muchas ni eruditas explicaciones para advertir la inédita brevedad de un plazo de 5 días para realizar actos procesales de la entidad de contestar excepciones procesales y proponer prueba en el marco de un proceso declarativo plenario; esta brevedad está acentuada por la soledad con la que afronta cada parte el tener que hacerlo de forma unilateral y sin contar con el auxilio, pero al menos se encuentran ambas en igualdad de armas en este trámite.

En este sentido, puede parecer incongruente que, al tiempo que se prefiere la intervención telemática de toda clase de profesionales, partes, testigos y peritos, el

PLMEP conserve la escritura de las declaraciones de personas jurídicas y administraciones. En mi opinión, no hay que tomarlo como un anacronismo propio de tiempos en los que la transparencia no ha llegado a estos ámbitos, como parece, pues a veces es preferible esta declaración por escrito de hechos objetivables y de conocimiento institucional o colectivizado. Además, la escritura de esta prueba por escrito es compatible con el interrogatorio oral y cruzado del autor de las respuestas escritas, como enseñan incluso aquellos ordenamientos de *common law*, como el Derecho irlandés, en los que cabe el testimonio de testigos por escrito y bajo juramento (prueba de *affidavit*)[96]. En todo caso, desde el punto de vista de las formas del proceso, la cuestión es que la dinámica de esta prueba acentúa todavía más la inmersión en la escritura a la que el PLMEP somete el juicio verbal.

El art. 20-66 PLMEP propone —entre otras modificaciones— introducir nuevos aptdos. 8, 9 y 10 en el art. 438 LEC, con el siguiente tenor literal:

> «8. Contestada la demanda y, en su caso, la reconvención o el crédito compensable, o transcurridos los plazos correspondientes, el letrado o la letrada de la Administración de Justicia dictará diligencia de ordenación acordando dar traslado del escrito de contestación a la parte demandante y concediendo a ambas partes el plazo común de cinco días a fin de que propongan la prueba que quieran practicar, debiendo, igualmente, indicar las personas que, por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia a la vista para que declaren en calidad de parte, testigos o peritos, a cuyo fin facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación. En el mismo plazo de cinco días podrán las partes pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el artículo 381.
> Dentro del mismo plazo de cinco días podrá la parte actora realizar las alegaciones que tenga por conveniente con respecto a las excepciones procesales planteadas por el demandado en su escrito de contestación que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.
> 9. En los tres días siguientes al traslado del escrito de proposición de prueba, las partes podrán, en su caso, presentar las impugnaciones a las que se refieren los artículos 280, 283, 287 y 427.
> 10. Transcurrido el plazo señalado en el número anterior, el tribunal resolverá por auto sobre la impugnación de la cuantía del pleito de haberse producido, sobre las excepciones procesales planteadas, sobre la admisión de la prueba propuesta y

96. La *Order* 23 (1) de las vigentes *Circuit Court Rules* irlandesas impone, salvo acuerdo por escrito entre los abogados de todas las partes, la oralidad en la práctica de interrogatorio de testigos con carácter general, aunque todavía existe margen para declaraciones escritas y bajo juramento. El interrogatorio de testigos se realiza de *viva voce* y en audiencia pública, a menos que el juez autorice motivadamente, en cualquier momento, que un hecho concreto pueda probarse mediante la declaración jurada de *affidavit* regulada en la *Order* 49 o que una declaración jurada que haya sido presentada puede ser leída en la audiencia pública a los fines de que la contraparte tenga la oportunidad de presentar de buena fe un testigo como contraprueba, lo que —como se indicaba— salvaguarda las garantías de contradicción de la prueba escrita. Esto es común con nuestras *Respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas* del art. 381 LEC.

> sobre la pertinencia de la celebración de vista, acordando, en caso de no considerarla necesaria, que queden los autos conclusos para dictar sentencia.
> Contra este auto cabrá interponer recurso de reposición, que tendrá efecto suspensivo.
> Cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales y el tribunal no haya considerado pertinente o útil la presencia de los peritos en el juicio, se procederá a dictar sentencia, sin previa celebración de la vista».

141. No hacen falta muchas explicaciones para entender que el PLMEP imprime al juicio verbal —al que hay que pensar seriamente en renombrar— una escritura incompatible con el modelo oral con que fue diseñado en la LEC y cuya oralidad ni siquiera se va a conservar en el *track* de juicios verbales sin abogados al que antes me refería en el núm. 83, a causa de la acentuada escritura del procedimiento, llamado en el futuro a estar integrada en una plataforma de litigios en línea.

En los últimos siete años, al juicio verbal predominantemente oral de la LEC se le ha incluido —en el año 2015— un trámite escrito de contestación a la demanda y se piensa ahora en introducir una fase de intercambios de escritos para depurar óbices y excepciones procesales, determinar el objeto litigioso y proponer prueba, como paso previo a que el tribunal decida también por escrito y de forma inmotivada si, a la vista de este «papeleo digital», puede prescindir de vista mediante auto y resolver de plano sin haber visto siquiera a los justiciables. Es decir, como ha objetado BANACLOCHE PALAO con razón, «con ello tendríamos un juicio verbal tramitado íntegramente por escrito, lo que no solo constituiría una *contradictio in terminis*, sino que supondría el mayor retroceso para nuestro proceso civil desde que está vigente la LEC de 2000»[97]. Y continúa este autor:

> «Hay que insistir en que esta nueva concepción del juicio verbal que se pretende imponer en el ALMEP está en flagrante contradicción con lo que su propia Exposición de Motivos afirma que son los valores que la inspiran. Dice el texto que la Justicia debe percibirse por la ciudadanía «*como algo propio, como algo cercano, eficaz, entendible y relativamente rápido*». Pues bien, esa cercanía solo se consigue de veras cuando el justiciable asiste presencialmente a su juicio o vista, cuando es capaz de ver el rostro del Juez que va a juzgar su asunto, cuando oye en la voz de los abogados y del tribunal el tema que le afecta. Justo lo contrario de lo que se propone en la reforma, en la que volveríamos a los tiempos en que el justiciable desconoce quién le ha resuelto su asunto, y su juicio se limita a un intercambio de escritos entre abogados y a una decisión de un Juez que, como antaño, no tiene que moverse de su mesa de trabajo (y con el sistema de juicios *on line* que también se propone, casi cabría decir que ni de su casa)».

---

97. BANACLOCHE PALAO, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *loc. cit.*, aptdo. V.II.

142. Como demostró la larga vigencia de la LEC de 1881, la escritura —ahora, intercambiable con la digitalización del proceso— conlleva cambios estructurales en el modo de impartir justicia que son difícilmente reversibles y que se realizan en perjuicio de la cercanía del juez a los justiciables, a los profesionales y al conflicto mismo. Por tanto, la cuestión trasciende —como se ha visto a lo largo de estas páginas— del mero aspecto formal del proceso para terminar poniendo en cuestión la legitimidad de un sistema de justicia del que los justiciables pueden formarse la fundada percepción de que reciben poco cuidado en la resolución de sus problemas (problemas —por otro lado— que el PLMEP describe con la noción de nuevo cuño del «a*buso del servicio público de justicia*» en el atpdo. II de la propia Exposición de motivos). Esta percepción la acentúa —como veremos a continuación— la resolución oral de asuntos, que consolida la impresión de una justicia apresurada y con poco tiempo que dedicar a las personas.

8.3. La oralidad de las resoluciones interlocutorias y de las sentencias

143. El PLMEP da un paso en favor de la oralidad, pero en una materia en la que es susceptible de producir más inconveniencias que ventajas: la motorización de la justicia mediante el dictado de resoluciones orales, incluida la mayor parte de las sentencias. El art. 20-35 PLMEP introduce la oralidad en una materia especialmente sensible para determinar la calidad de las decisiones de la justicia, como es el dictado de resoluciones orales de las cuestiones procesales y aun de las de fondo que, bajo la rúbrica *Resoluciones orales*, se propone regular mediante un art. 210 LEC de nuevo cuño, con el siguiente contenido:

> «*Artículo 210. Resoluciones orales.*
>
> *1. Salvo que la ley permita diferir el pronunciamiento, las resoluciones distintas de sentencia que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el Tribunal o el letrado o la letrada de la Administración de Justicia se pronunciarán oralmente en el mismo acto, documentándose éste con expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones.*
> *2. Pronunciada oralmente una resolución, si todas las personas que fueren parte en el proceso estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresaren su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución.*
> *Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada.*
> *3. Salvo en los procedimientos en los que no intervenga abogado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.2, podrán dictarse sentencias oralmente en el ámbito del juicio verbal, haciéndose expresión de las pretensiones de las partes, las pruebas propuestas y practicadas y, en su caso, de los hechos probados a resultas de las mismas, haciendo constar las razones y fundamentos legales del fallo que*

> *haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso. El fallo se ajustará a las previsiones de la regla cuarta del artículo 209 de esta ley. La sentencia se dictará al concluir el mismo acto de la vista en presencia de las partes, sin perjuicio de su ulterior redacción por el juez, la jueza o el magistrado o la magistrada. Se expresará si la sentencia es o no firme, indicando, en este caso, los recursos que procedan, órgano ante el cual deben interponerse y plazo para ello.*
> *4. Pronunciada oralmente una sentencia, si todas las personas que fueren parte en el proceso estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresaren su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde que se notificase a la parte la resolución así dictada mediante el traslado del soporte audiovisual que la haya registrado junto con el testimonio del texto redactado referido en el párrafo segundo del apartado anterior*».

144. La reforma proyectada distingue, así, entre resoluciones orales interlocutorias y sentencias orales.

Mediante las resoluciones orales interlocutorias se obliga a que los jueces y letrados de la AJ a que decidan *in voce* toda clase de cuestiones que surjan en el curso de vistas, audiencias y comparecencias, a menos que la ley permita diferir el pronunciamiento, como, por ejemplo, permite el art. 421.3 LEC para resolver en la audiencia previa la posible concurrencia de litispendencia o de cosa juzgada en casos difíciles o complejos, o el art. 417.2 LEC para el caso de que se planteen más de una excepción u óbice procesal. Trasladado al proceso civil, puede parecer que la proyectada resolución oral de estas cuestiones interlocutorias no cambia sustancialmente nada, ya que el nuevo art. 210 LEC ni siquiera elimina la necesidad de redactar la resolución interlocutoria, dado que el párrafo II del art. 210.2 LEC sigue manteniendo la previsión de que «*el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución* debidamente redactada». Sin embargo, disminuyen las garantías de motivación de estas resoluciones, porque, concordada esta previsión con la del aptdo. 1, «*la resolución debidamente redactada*» es, a la postre, la documentación de la «*expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones*». Es decir, representa un paso atrás en las garantías de los justiciables y un avance en la descongestión del trabajo de los decisores que —no olvidemos— es aplicable, subsidiariamente, a los procesos de los restantes órdenes jurisdiccionales (art. 5 LEC); y, en el orden penal especialmente, puede ser problemático forzar a los jueces a tomar una decisión oral en el curso del acto de juicio, cuando —como no es infrecuentemente—, se plantean en él cuestiones previas de cierta enjundia o necesitadas de un estudio atento, como la vulneración de derechos y libertades fundamentales o la nulidad de actos procesales.

Subsiste, en cambio, la escritura del eventual recurso de reposición contra la resolución oral interlocutoria, que cabe interponer una vez que se notifique la resolución. En mi opinión, es bueno que sea así para contar con un tiempo que haga

posible la defensa; pero en aquellos casos en que al cabo de la vista el tribunal dicte sentencia oralmente conforme a las previsiones del aptdo. 4 del art. 210 LEC, la sustanciación escrita del recurso de reposición contra resoluciones interlocutorias dictadas en el curso del proceso viene a menos y el PLMEP no articula bien cómo proceder. BANACLOCHE PALAO propone que el recurso mismo de reposición pase a sustanciarse de forma oral[98]; en mi opinión, conviene no fomentar en exceso el apresuramiento de una justicia como la que diseña el PLMEP para ser oral y telemática y que puede terminar siendo instantánea.

145. Muy novedosa es la puerta que, más allá del ámbito hasta ahora penal, los aptdos. 3 y 4 del art. 210 LEC abren al dictado de sentencias orales en el proceso y que se caracteriza por su carácter facultativo para el tribunal. Con todo, sobre las exigencias de motivación de estas sentencias orales se cierne la oscuridad sobre el si y sobre el cómo han de ser redactadas, a causa de la aparente falta de concordancia que se observa en ellos, en relación con el contenido y con la documentación de la sentencia oral. El aptdo. 2 del art. 210 y el párrafo 2 del aptdo. 4 de este artículo no evitan —a mi modo de ver— la redacción de la sentencia adelantada oralmente, sino que, presuponiéndola, se ocupan de precisar que el *dies a quo* para recurrir la sentencia ya redactada no empezará a correr sino desde que la parte disponga del soporte audiovisual de la vista completa; pero convendría aquí más claridad en la redacción, dado que podría terminar entendiéndose que la "debida redacción" de las sentencias orales no requiere la expresión de antecedentes y fundamentos jurídicos conforme a las previsiones del art. 209 LEC. El legislador no ha sido nada claro en este punto.

Así pues, en los procesos en los que se impone la intervención letrada, el juez puede dictar sentencia *in voce* circunstanciando «*las pretensiones de las partes, las pruebas propuestas y practicadas y, en su caso, de los hechos probados a resultas de las mismas, haciendo constar las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso*»; es decir, respetando el fallo —como termina disponiendo el art. 210.3 LEC— «*las previsiones de la regla cuarta del artículo 209 de esta ley*». Esto no será ni fácil ni frecuente en un orden como el civil, en el que las pretensiones que se residencian cubren un amplio espectro de cuestiones jurídico-privadas mucho más amplias o con más matices fácticos y jurídicos que las que se plantean ante los tribunales penales o los del orden social; pensemos, por ejemplo, en que el art. 219 LEC prohíbe las condenas dinerarias ilíquidas, con lo que esta exigencia disuade de dictar *in voce* una sentencia que debería cuantificar exactamente su importe o, al menos, fijar claramente las bases de liquidación para que esta consista en una pura opera-

98. BANACLOCHE PALAO, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *ibidem*.

ción aritmética. A mi modo de entender la nueva redacción del art. 209 LEC, el esfuerzo del juez que dicta sentencia oralmente no se «premia» con el ahorro de tener que redactar antecedentes y fundamentos conforme a las previsiones del art. 209 LEC, que son exigencias no aligerables en razón de las garantías procesales de las partes; pero esto no queda, desafortunadamente, nada claro, como antes apuntaba.

La falta de precisión en el dictado de las sentencias orales puede, así, terminar favoreciendo un mayor número de recursos de apelación, torciendo los designios de eficiencia del PLMEP. Pero lo más grave es la pérdida de la calidad que introducen las sentencias orales, porque el traje de la oralidad reduce considerablemente todos los tallajes a un modelo mínimo en el que hay poco espacio para aplicar la ley con sometimiento exclusivo a la ley, conforme a los criterios hermenéuticos del art. 3 CC y con el auxilio complementario de la jurisprudencia, tanto de los tribunales nacionales como de los internacionales que determinan la interpretación de legislación común.

Los pronunciamientos orales de las sentencias determinan un apresuramiento en el dictado de la sentencia que se compagina mal con el primordial deber de todo juez de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, sin más sujeción que al ordenamiento jurídico y singularizándolo al conflicto planteado entre los justiciables del caso. La oralidad de la sentencia parece pensada, más bien, para una aplicación semiautomática de unas mismas y pocas normas a supuestos fácticos estandarizados. Y esto devuelve la imagen de una justicia *low cost* que no es deseable como mejor modo de impartición de justicia y que solo cabe agravar mediante la introducción —en un segundo momento de mayor digitalización del proceso— de mecanismos que, bajo el mantra de la eficiencia y de la seguridad jurídica, pretendan asegurar la previsibilidad de la justicia a base de algoritmos o de una organización vertical *de facto* de la justicia introduzca mecanismos de la vinculación de los tribunales inferiores a los dictados de los superiores.

146. En suma, el camino hacia el medievo digital está empedrado de mecanismos formalmente presentados como de aligeramiento y descongestión de la justicia en nombre de la eficiencia procesal que nos trae el PLMEP y que nos devuelve un proceso más escrito que el que el legislador de 1881 fue capaz de imaginar por la falta entonces de los avances tecnológicos que van a encerrar al decisor en una atalaya de bytes y de pantallas. Veremos si esto redunda en un efectivo acortamiento de la duración de los procesos o si, como es de temer, la eficiencia procesal nos trae escritura y dispersión a costa de oralidad y sin el resultado de una reducción significativa de las tasas de duración de los procesos.

9. Conclusiones

1ª. Una mirada atenta a los tiempos y las causas de congestión de la justicia civil permite observar que no existe una correlación entre las formas del proceso con la mayor duración de cada instancia o con la generación de congestión judicial en ella. Los datos de la estadística judicial de los últimos cinco años no permiten extraer la conclusión de que la oralidad que caracteriza hoy la primera instancia civil penaliza la duración del proceso, mientras que la escritura de la segunda instancia favorece su agilidad.

2ª. La forma predominante de cada instancia del proceso no es un elemento que quepa valorar de forma aislada de la función a la que sirve la instancia sobre la que se proyecta. La oralidad de la primera instancia civil permite concentrar en ella la característica función de conformar fáctica y jurídicamente el litigio y esto consume un notable mayor tiempo, especialmente, por la necesidad casi general de practicar prueba con la debida inmediación judicial y emplear tiempo en actos de notificación a partes y a terceros, que —ya sea de forma personal ya sea de forma virtual— tienen una participación de la que carecen las instancias superiores. Y esta oralidad imprime al sistema una agilidad sin la que: (i) la primera instancia no podría despachar el número de asuntos civiles —más de 2'5 millones en el año 2021— que ingresan en los Juzgados de Primera Instancia, mixtos y de familia; y (ii) los tribunales de apelación no podrían mantener el menor tamaño de sus plantillas.

3ª. Las mismas razones que apoyan el diseño de los procesos de litigación transfronteriza europea como procesos escritos o telemáticos justifican —en perfecta relación de simetría inversa— que en el ámbito de la litigación doméstica deba seguir prefiriéndose un modelo de proceso caracterizado por la oralidad y la presencialidad, como instrumento para acercar el juez al justiciable y al conflicto y colocarle en las mejores condiciones para juzgar en el caso concreto.

4ª. Las normas previstas en nombre también de la eficiencia procesal para la litigación en línea en la República Popular de China desaconsejan tomar un modelo telemático de proceso como arquetipo de justicia eficiente, salvo para ponerlo como ejemplo de justicia intervenida, funcionalmente escrita y carente de independencia. Sí hay elementos aislados que merecen un juicio favorable, aunque no se conozca el verdadero alcance de su implantación y aceptación social. Entre estos elementos, figuran el respeto de la voluntad de las partes para que su consentimiento sea necesario para sustanciar telemáticamente el litigio, la predeterminación de una serie de supuestos en los que no es posible la realización telemática de vistas, la preocupación por mantener los símbolos, ritos y solemnidades de la justicia en el entorno digital o el régimen de publicidad *ad extra* y en diferido de actuaciones judiciales escritas o digitalizadas, sin necesidad —parece— que tener

que invocar un especial interés jurídico, como en nuestro ordenamiento (sin perjuicio de un régimen de anonimización o de tratamiento de datos personales).

5ª. En nombre de la eficiencia procesal, el PLMEP no ataja los problemas individualizables de congestión y de demora judicial que es perfectamente posible identificar en la serie histórica de la estadística judicial de los últimos cinco años. Antes al contrario, el PLMEP aspira a cambiar el paradigma de proceso para fiar la resolución de conflictos a un proceso desmaterializado que se basa en la reducción de la presencia del juez y en la menor inversión posible de tiempo y de costes para la Administración de justicia, pero no así para el justiciable, con riesgos que amenazan la legitimidad del sistema.

6ª. El modelo de oralidad no descansa únicamente en la prevalencia de la palabra hablada sobre lo escrito, sino en el conjunto de valores o principios adicionales de la verdadera inmediación, la publicidad o la concentración de actuaciones, por lo que las medidas que el PLMEP introduce suponen —por sí solas y sin necesidad de relacionarlas con otras más radicales— un retroceso injustificado de la oralidad o medidas que, cuando menos, traicionan su espíritu. La oralidad telemática que el PLMEP se propone introducir en la justicia está más cerca de hacernos retroceder en el tiempo que de avanzar en el futuro y se aleja de introducir mecanismos que mejoren la calidad del enjuiciamiento fáctico y jurídico de los conflictos de los justiciables, a quien no se les puede señalar como causantes de un abuso de la justicia.

7ª. La celebración preferente de vistas telemáticas frente al modelo de la presencialidad olvida que la oralidad está al servicio de mejor enjuiciar fáctica y jurídicamente el asunto y trae consigo mayores inconvenientes que ventajas. Frente a la ventaja de evitar a las personas que tienen su domicilio fuera de la circunscripción territorial del tribunal la carga de trasladarse a la sede del tribunal del juicio, la celebración telemática o híbrida de vistas y juicios tiene tres grandes desventajas que perjudican las garantías procesales:

— Es un retroceso en el esfuerzo por hacer de las salas de justicias un espacio de cooperación entre las partes y con el juez, por la quiebra o ruptura espacial de este con los demás intervinientes y la de estos entre sí.
— Debilita el principio de inmediación judicial, porque con la ausencia de presencialidad se abandonan las mejores condiciones para escuchar, inquirir, examinar y formarse criterio para decidir el conflicto, y se sustituyen por una inmediación digital de menor calidad que arriesga la calidad de las decisiones jurisdiccionales y la propia credibilidad institucional.
— Salvo para el juez del caso, la celebración telemática de vistas y juicios no ahorra a los participantes traslados ni dispendios de tiempo, sino que los multiplica por cada participante telemático, acrecentando también las ocasiones en las que la tecnología puede fallar.

8ª. La medida del PLMEP consistente en atribuir al decisor la potestad para acordar de forma inmotivada la celebración de la audiencia previa y/o del acto del juicio en la modalidad telemática o presencial aunque no concurran circunstancias excepcionales, puede contrariar la igualdad en la aplicación de la ley, por lo que esta debería seguir proporcionando criterios estables para sustanciar el proceso en condiciones de igualdad para los justiciables. Por la merma de calidad y fiabilidad en los actos realizados con inmediación digital, no debería admitirse una potestad discrecional de *case management* que permita intervenir telemáticamente a sujetos sin causa justificada y proporcional al sacrificio de la calidad y la fiabilidad de la intervención.

9ª. El PLMEP propone dar una «vuelta de tuerca» al juicio verbal que es una completa desnaturalización de la oralidad de este procedimiento, que va a convertirse en un procedimiento más escrito de lo que el legislador de 1881 o el de 1952 fueron nunca capaces de alumbrar por falta de medios técnicos. En nombre de la eficiencia procesal del siglo XXI, el juicio verbal que propone el PLMEP supone recuperar la escritura del siglo XIX, convirtiendo en un paréntesis de la historia el modelo de oralidad —sus efectos, recordemos— de los últimos veinte años.

10ª. Es un perjuicio para la calidad de la justicia y para su cercanía con los justiciables que el acto de la vista o juicio sea sustituido por una fase consistente en una sucesión de escritos para contestar excepciones procesales —por parte de actor y de demandado reconviniente—, proponer prueba y solicitar vista, a fin de que a continuación el juez dicte auto sobre pruebas y celebración de vista. Es más que dudoso que la escritura y la dispersión de los actos de esta fase redunden en una reducción de la tasa de duración del juicio verbal; medida que, además, se encuentra deslegitimada a la luz de los datos estadísticos sobre duración de los juicios verbales, que no apuntan a que la celebración de la vista o juicio sea causa de dilaciones o de generación de atasco judicial.

11ª. Es también un retroceso que revierte la apuesta por la oralidad de la LEC de 2000 atribuir al decisor la potestad de prescindir discrecionalmente del acto de la vista, sin más y sin necesidad de motivarlo siquiera o, a lo sumo, con una insuficiente expresión estereotipada de que, a la luz de la prueba documental aportada, se considera suficientemente ilustrado para fallar el asunto.

12ª. La novedosa introducción de la oralidad en materia de resoluciones interlocutorias y sentencias lo hace en una materia tan sensible que puede producir más inconvenientes que ventajas, especialmente con las exigencias de motivación de las sentencias civiles. Los errores y omisiones de las sentencias orales puede propiciar un efecto contrario al deseado en el PLMEP y provocar un aumento del número de recursos de apelación con una mayor congestión de las Audiencias Provinciales y una duración superior de la segunda instancia.

13ª. El balance final que el arroja el PLMEP en materia de formas coloca el fiel de la balanza del lado de la escritura y de su homóloga digitalización, con el riesgo de convertir en un paréntesis de la historia el modelo de oralidad —sus benéficos efectos en materia de inmediación, concentración de actuaciones, publicidad— que la LEC de 2000 ha realizado en los últimos veinte años.

10. Bibliografía

ALAZAR REVUELTA, M., «El derecho probatorio en el sistema jurídico del *ius commune*. Especial referencia a su recepción en España», en *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, vol. IV, 2021, pp. 761-784.

AMRANI-MEKKI, S., «El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil», en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, CARPI, F., y ORTELLS RAMOS, M. (editores), vol. 1, cit., pp. 93-147.

BANACLOCHE PALAO, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», en *Diario La Ley,* nº 9814, 2021, 19 de marzo de 2021.

BANACLOCHE PALAO, J., *Los expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria*, Wolters Kluwer, 2.ª edición, Madrid, 2020.

BANACLOCHE PALAO, J., y CUBILLO LÓPEZ, I., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal*, con, E, Wolters Kluwer, 4.ª ed., Madrid, 2018.

BERNARDO SAN JOSÉ, A., «Análisis comparativo de los procesos europeo y español para las demandas de escasa cuantía ¿la europeización del juicio verbal?», en la presente obra colectiva.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

CAO, Z, «Online Dispute Resolution Mechanism in China: Principle of Proceedings and Impact of Technologies», en *China & WTO Rev*. 2022:1, pp. 29-62.

CAPELLETTI, M., *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.

CARDONA FERNÁNDEZ, A. M., «El uso de la aplicación CISCO Webex Meeting en los juzgados», en *Diario La Ley*, nº 9820, 2021, 29 de marzo de 2021.

CARRATA, A., «Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo», en MACARIO, F., y MILETTI, M. N., *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo,* RomaTre-Press, Roma, 2017, pp. 87 y ss.

CHIOVENDA, G., «Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno», en *Saggi di diritto processuale civile*, II, rist., Milano, 1993, pp. 397 y ss.

CIPRIANI, F., «Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovenda», en *Rivista Trimmestrale di Diritto processuale civile*, 1997, pp. 749 y ss.

CIPRIANI, F., *Piero Calamandrei e la procedura civile, mitti, leggende, interpretazioni, documenti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2ª. ed., 2009.

DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento

Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales», en *Tribunales de Justicia*, 2000-2, pp. 127-141.

De la Oliva Santos, A., «Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998», en *Revista de Derecho Procesal*, 1999-2, pp. 359-394.

De la Oliva Santos, A., *Curso de Derecho procesal civil*, con Díez-Picazo Giménez, I., y Vegas Torres, J., vol. I, Parte general, Editorial universitaria Ramón Areces, 4ª ed., Madrid, 2019.

Ercilla García, J., «Tribunales virtuales y procedimiento online: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Pamplona, n. 5 (mayo 2020), pp. 257-288.

Gascón Inchausti, F., «¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?», en Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extraordinario (2021), Tomo II Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado, pp. 383 y ss.

Gascón Inchausti, F., «Algunas reflexiones acerca de la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. VI, 2006, pp. 285-308.

Gascón Inchausti, F., «Oralidad o escritura como factores de eficiencia del proceso civil en España», Colloquium Paper, en *International Association Procedural Law*, Nov. 6-8, 2008, v.e. disponible en https://perma.cc/JZ72-3H53 y en https://eprints.ucm.es/id/eprint/26700/

Giabardo, C.V., «Appunti tra storia e attualità sul cd. «modello orale» nel processo civile», en *Archivio giuridico*, anno CLIV, fasc. 1 2022, pp. 131-161.

Jacobo De Las Leyes, «Summa de los none tiempos de los pleitos», en *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del s. XIII*, Analecta, Pamplona, 2006.

Liao, T., «How Emerging Technologies Shape the Face of Chinese Courts?», en *Conflic of law*, November 10, 2021.

Maldonado y Fernández del Torco, J., «Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 23, 1953, pp. 467-494.

Martín Diz, F., «Oralidad y eficiencia del proceso civil: ayer, hoy y mañana», en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Carpi, F., y Ortells Ramos, M. (editores), vol. 2, cit., pp. 25-38.

Martínez Santos, Alberto, «La videoconferencia en el juicio civil ¿Un avance o un impulso precipitado?», *Diario La Ley,* nº 9805, 8 de Marzo de 2021.

Millar, R. W., *Los principios formativos del procedimiento civil*, trad. C. Grossmann, 1945, ediar, Buenos Aires.

Montero Aroca, J., *Derecho jurisdiccional I. Parte General*, con GÓMEZ COLOMER, J. L., y Barona Vilar, S., Tirant lo blanch, 26ª ed., Valencia, 2018.

Montero Aroca, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Los poderes del juez y la oralidad, Valencia, 2001.

MORA-SANGUINETTI, J. S., «Justicia y economía: la eficiencia del sistema judicial en España y sus impactos económicos», en *Papeles de Economía Española*, N.º 168 (2021).

MORA-SANGUINETTI, J. S., *La factura de la injusticia*, ed. Tecnos, 2022.

NIEVA FENOLL, J., «La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)», en *Revista Ius et Praxis*, Año 26, Nº 3, 2020, pp. 157-171.

ORTELLS RAMOS, M. (dir.), *Introducción al Derecho procesal*, Aranzadi Thomson Reuters, 8ª ed., 2018.

PICÓ I JUNOY, J., «España. El principio de oralidad en el proceso civil español», en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, CARPI, F., y ORTELLS RAMOS, M. (editores), vol. 1, 2008, pp. 361-370.

RICHARD GONZÁLEZ, M., «Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial», en *Diario La Ley,* nº 9654, 16 de Junio de 2020.

RICHARD GONZÁLEZ, M., «La implantación de la denominada justicia electrónica en la era post covid 19», en PICÓ I JUNOY, J., MENDOZA DÍAZ, J. y MANTECÓN RAMOS, A., *La prueba a debate: diálogos hispano-cubanos*, 2021, J.M. Bosch Editor, pp. 139-184.

SANTALÓ GORIS, CF. «A Boost in the Number of European Small Claims Procedures before Spanish Courts: A Collateral Effect of the Massive Number of Applications for European Payment Orders?, *Conflict of Laws.net*, 15 de febrero de 2022.

SHI, C., SOURDIN, T. y LI, B., «The Smart Court - A New Pathway to Justice in China», en *International Journal for Court Administration*, 12(1). DOI: http://doi.org/10.36745/ijca.367.

TANG, Z. S., «Virtual Hearing in China's Smart Court», en *Conflicts of laws.net*, 14 de noviembre de 2021.

TARUFFO, M., «Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil» (versión abreviada), en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, CARPI, F., y ORTELLS RAMOS, M. (eds.), vol. 1, Universitat de València, 2008.

TORRES ROSELL, N., «Medidas ¿organizativas y tecnológicas? aprobadas en el RD-L 16/2020», en *Diario La Ley,* nº 9647, 5 de junio de 2020.

VELILLA ANTOLÍN, N., «¿Juicios telemáticos Sin garantías procesales, no hay juicio», en *Hay Derecho*, entrada de 18 de mayo de 2020.

ZHENG, G. G., «China's Grand Design of People's Smart Court», en *Asian Journal of Law and Society*, 7 (2020), pp. 561-582, doi:10.1017/als.2020.20.

Capítulo 2 | La gestión y la flexibilidad del procedimiento: ¿un proceso civil convergente con Europa?

*Guillermo Schumann Barragán**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PAPEL DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL. 2.1. La configuración de los poderes del juez en el marco de los principios jurídico-técnicos y el fin institucional del proceso; 2.2. Los poderes del juez desde una perspectiva técnica; 2.3. La administración de justicia como un servicio público: un cambio de paradigma. 3. LA GESTIÓN DEL PROCESO (*CASE MANAGEMENT*). 3.1. La gestión formal y material del proceso; 3.2. La finalidad y los límites de la gestión del proceso. 4. LA FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO. 4.1. Rigidez *versus* flexibilidad procedimental; 4.2. Las normas procesales dispositivas, flexibles o abiertas y los conceptos jurídicos indeterminados; 4.3. La discrecionalidad judicial. 5. LA GESTIÓN DEL PROCESO EN LA LEC. 5.1. La gestión formal en la LEC; 5.2. La gestión material en la LEC; 5.3. Un apunte de derecho comparado: Alemania. 6. LOS ESTÁNDARES EUROPEOS SOBRE LA GESTIÓN Y LA FLEXIBILIDAD PROCEDIMENTAL. 6.1. Las *European Rules of Civil Procedure*; 6.2. Las Reglas de procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes; 6.3. Normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea; 6.4. Recapitulación. 7. LA GESTIÓN Y LA FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO EN LA LEC: ¿UN PROCESO CONVERGENTE CON EUROPA? 7.1. ¿El proceso civil español es convergente con Europa?; 7.2. ¿Es conveniente que el proceso civil español converja con Europa?; 7.3. *De lege ferenda*: la gestión formal y la flexibilidad procedimental; 7.4. *De lege ferenda*: la gestión material del proceso; 7.5. La naturaleza del Derecho material aplicable y la intervención directa de las partes como criterios para configurar el alcance de las funciones judiciales de asistencia y monitorización. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

La gestión del proceso o *case management* es aquella función típicamente judicial que consiste en la dirección, la administración y la organización del proceso. Para que el juez pueda llevarla a cabo es necesario atribuirle determinados poderes y crear un procedimiento flexible que se lo permita.

* Doctor en Derecho —Profesor ayudante— Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal —Universidad Complutense de Madrid— ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-1934-7808

En el proceso civil existen distintas tareas que de ordinario deben llevarse a cabo. Entre ellas, determinar aquellos hechos con transcendencia jurídica, fijarlos como ciertos a efectos del proceso, calificarlos jurídicamente y subsumirlos en aquellas normas jurídicas aplicables al caso concreto. Además de estas tareas eminentemente *materiales*, existen otras de naturaleza *procesal* como lo son el impulso procesal, la dirección de las vistas, la práctica de la prueba o su gestión. De esta manera, el estudio de la gestión del proceso como función judicial se relaciona irremediablemente con el análisis de la figura del juez en el proceso civil.

La finalidad de este trabajo es analizar en qué medida nuestro proceso civil converge con los actuales estándares europeos de gestión y flexibilidad procedimental y, en su caso, reflexionar sobre si es conveniente que lo haga. Para ello, ***(i)*** se analizarán cuestiones generales como el papel del juez en el proceso, la gestión y la flexibilidad procedimental; ***(ii)*** se identificarán aquellos estándares nacionales y europeos en torno a estas cuestiones; ***(iii)*** se valorarán críticamente los estándares identificados y, en su caso, se propondrán medidas *de lege ferenda*.[1]

2. El papel del juez en el proceso civil

2.1. La configuración de los poderes del juez en el marco de los principios jurídico-técnicos y el fin institucional del proceso

El proceso civil es un *instrumento artificial* que crea el legislador para que se dispense la tutela judicial efectiva.[2] Los principios procesales son aquellas ideas base o fuerza sobre las que se construye el proceso y, por ello, constituyen un modelo que se utiliza como punto de partida para su diseño.[3]

A diferencia de los principios jurídico-naturales como el de defensa o el de igualdad, los principios jurídico-técnicos responden a decisiones de *política legislativa* —*i.e.*, valoraciones— que pueden variar en un espacio y un tiempo determinados.[4] Son, como sostiene De la Oliva, *principios contingentes*.[5] Desde esta perspectiva es posible hacer un análisis histórico o de Derecho comparado que identi-

---

1. Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación «Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros» (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

2. Gascón Inchausti, F., *Derecho procesal civil. Materiales para el estudio*, p. 68. Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/62238/

3. De La Oliva Santos, A., *El papel del Juez en el proceso civil. Frente a ideología, prudentia iuris*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 18.

4. De La Oliva Santos, A., *El papel del Juez*, *op. cit.*, pp. 39-42.

5. De La Oliva Santos, A., «El papel y los poderes del juez en el proceso civil», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Valencia, junio 7/2010, p. 39.

fique en cada ordenamiento procesal los modelos y las valoraciones sobre las que se ha diseñado el proceso.[6]

En relación con esto, es importante señalar que en nuestro ordenamiento el *fin institucional del proceso civil* es la tutela judicial de los derechos e intereses materiales de los individuos. No puede perderse de vista que el proceso es el instrumento que permite el ejercicio de un derecho fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Como se sabe, este es un derecho que no es «ejercitable sin más» (STC 99/1985).[7] Necesita de una estructura institucional —una administración de justicia— y un proceso a través del que se pretenda y se otorgue la tutela judicial que constituye la prestación que es debida por el Estado. Por tanto, desde una dimensión constitucional, el proceso es una garantía institucional y de procedimiento que permite el ejercicio del conjunto de derechos subjetivos públicos que conforman el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).[8]

Esta naturaleza instrumental del proceso respecto del derecho fundamental vincula al legislador y a los órganos jurisdiccionales en sus respectivas labores de creación, aplicación e interpretación del ordenamiento procesal (art. 9.1 CE). Por ello, uno de los pocos límites que tiene el legislador en su actividad creativa son los derivados del derecho a la tutela judicial efectiva. Más allá de este núcleo esencial que funciona como límite negativo y mandato de optimización, el legislador tiene libertad para diseñar el proceso y las funciones del juez y las partes.

El legislador español parte del principio dispositivo y de aportación de parte para configurar el papel del juez.[9] Ahora bien, como principios contingentes, su configuración no viene dada por la naturaleza de las cosas. Más allá de una definición académica más

---

6. En este sentido, *vid*. VAN RHEE, C. H. en VAN RHEE, C. H. (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005, pp. 3-23, 189-193; VAN RHEE, C. H., «The development of civil procedural law in twentieth-century Europe: From party autonomy to judicial case management and efficiency» en VAN RHEE, C. H. (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 11-22.

7. STC 99/1985 de 30 de septiembre [RTC\1985\99]; STC (Pleno) núm. 160/1998 de 14 julio [RTC 1998\160]; STC (Pleno) 138/2005 de 26 mayo [RTC 2005\138] o STC núm. 1/2007 de 15 enero [RTC 2007\1].

8. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid, 2022, pp. 113-114 (tesis doctoral inédita).

9. DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez*, *op. cit.*, pp. 23-24, 42-43; DE LA OLIVA SANTOS, A. «Comentario del art. 216» en DE LA OLIVA SANTOS, A., *et al*., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 381; Exposición de Motivos IV de la LEC: «[…] De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela […]».

o menos pura que de ellos pueda hacerse, es el legislador el que delimita el alcance de los principios. Por ello, en la realidad, «dentro de cierto marco general, son las opciones sobre algunos puntos […] las que perfilan el alcance de los principios jurídico-técnicos y no estos lo que determinan (debería determinar) estas opciones».[10]

2.2. Los poderes del juez desde una perspectiva técnica

La configuración del papel del juez por el legislador puede responder a razones ideológicas —entendidas no de forma peyorativa, sino como el «conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época»[11]— o técnicas —aquellas que racionalmente se consideran «mejores» en un contexto histórico determinado—.[12]

La configuración de los poderes del juez puede abordarse desde la perspectiva del papel que debe tener el poder público en la tutela de los derechos e intereses privados. También es posible hacerlo desde una perspectiva (meramente) técnica en la que se identifique cuál es la mejor opción para que el proceso alcance su fin institucional *y* determinados fines que se consideran deseables —*v.gr.*, la gestión eficiente de recursos públicos—.[13]

En este análisis técnico de los poderes del juez influyen ciertas cuestiones que en cierta medida «vienen impuestas por la realidad»: la regulación legal anterior sobre la que se pretende incidir o la cultura jurídica que impera en un lugar y un tiempo determinados. En relación con ellas, es conveniente detenerse a examinar dos cuestiones que inciden directamente en el diseño del papel del juez.

2.2.1. La representación técnica de las partes: ¿un proceso de abogados?

Una de las cuestiones que influye en la configuración de los poderes del juez es la manera en que las partes intervendrán en el proceso: directamente o asistidas por abogados. Esto es, si el ordenamiento procesal y la cultura jurídica parten de un «proceso de abogados» o no. Ahora bien, no se trata solo de examinar en abstracto la regulación de las reglas de intervención preceptiva en el sistema, sino también y principalmente de cómo reaccionan los individuos frente aquellas posibilidades de actuación.[14]

---

10. De la Oliva Santos, A., *El papel del Juez*, *op. cit.*, p. 43.

11. Diccionario de la Lengua Española (23ª ed.).

12. De la Oliva Santos, A., *El papel del Juez*, *op. cit.*, pp. 51-54. 57-58, 81-82.

13. El diseño del ordenamiento procesal no puede escaparse por completo de un componente ideológico. Incluso desde una perspectiva técnica siempre es necesario determinar qué objetivos se quieren alcanzar. Ideología y técnica son necesarias para diseñar las instituciones conforme a la realidad en la que están llamadas a operar.

14. De la Oliva Santos, A., *El papel del Juez*, *op. cit.*, pp. 65-66, 74-80.

La intervención de abogados con conocimientos jurídicos y con competencias profesionales o, por el contrario, la intervención directa de individuos legos en Derecho en el proceso es un elemento clave para concretar qué papel debe tener el juez.[15]

> Conforme a la Exposición de Motivos de la LEC, «[e]s a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. *Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado*». La LEC parte así del referido «proceso de abogados».

2.2.2. El ejercicio de los poderes del juez en la práctica

El ejercicio de los poderes del juez suele ser discrecional, mas en ningún caso arbitrario. El poder atribuido está dirigido a un fin y está sometido a determinados límites y controles. Sin embargo, no puede negarse que existe una carga cultural que influye en la idea que los jueces tienen de sí mismos y, en consecuencia, en su inclinación a ejercitar los poderes que se le confieren.[16] Este es un elemento que también influye técnicamente en su diseño. No se trata de adoptar un sociologismo jurídico que ampare actuaciones judiciales caprichosas o *contra legem*, sino de diseñar racionalmente el proceso con miras a la realidad histórica en la que está destinado a funcionar.

Otro elemento que es importante considerar es la propia organización de la administración de justicia en la que el juez opera. La carga de trabajo y el sistema a través del que se organizan los medios materiales y humanos en el órgano jurisdiccional son elementos que también condicionan el ejercicio de los poderes del juez en la práctica.

2.3. La administración de justicia como un servicio público: un cambio de paradigma

Actualmente se constata un nuevo paradigma en la concepción del proceso civil que irremediablemente influye en la configuración del papel del juez. La administración de justicia se concibe como un *servicio público* que, para alcanzar su fin institucional, necesita de recursos públicos. Esta concepción impregna a la administración de justicia de algunas características que tradicionalmente se han pregonado de la actuación administrativa del Estado, entre ellas y a título principal, el

---

15. Desde los orígenes del modelo del «juez activo» introducido por Klein en la *Allgemeine Gerichtsordnung* austriaca la intervención directa de las partes o asistidas por abogados fue un elemento clave para la configuración de sus poderes. En este sentido, OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany, Switzerland and Austria» en VAN RHEE, C. H. (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia, 2005, pp. 296, 299.

16. DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez*, *op. cit.*, pp. 70-71.

principio de eficiencia.[17] Esto se traduce en una aproximación económica al fenómeno procesal.

Se está así ante una visión económica del Derecho, de la eficiencia y la productividad que son el «conjunto de ideas fundamentales» que constituyen parte del pensamiento social actual. Y es que, aunque el fin del proceso es la tutela judicial de los derechos privados de los individuos, los medios para alcanzar este objetivo son públicos y limitados. [18] Esto se refuerza con la idea de que una tramitación eficiente del proceso garantiza el derecho de las partes a que la sentencia se dicte en «un plazo razonable» (art. 6 CEDH).[19]

> Que se identifique este paradigma no supone necesariamente que sea «bueno» o «deseable».[20] La administración de justicia no es «un servicio público más» y, el mantra de la eficiencia, puede ser una forma de disfrazar una falta estructural de asignación de recursos al sistema. Sin embargo, se trata por ahora de hacer una labor más descriptiva que valorativa del contexto cultural en el que se desenvuelven los estándares actuales que se identificarán.

Sobre este nuevo paradigma se aproxima el legislador europeo y nacional al diseño del proceso y, en lo que ahora interesa, al papel del juez.[21] La gestión del procedimiento como función judicial se enmarca en este nuevo enfoque en el que se pretende conseguir la tutela judicial *efectiva* con el menor gasto de tiempo y recurso públicos.

3. La gestión del proceso (*case management*)

La gestión del proceso o *case management* es aquella función típicamente judicial que consiste en la dirección, la administración y la organización del proceso. Esta definición es suficiente para iniciar el análisis, pero desde luego no aprehende el

---

17. El «EU Justice Scoreboard» de la UE o los reportes sobre la evaluación de los sistemas europeos de justicia elaborados en el seno de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa (CEPEJ) son una clara muestra a nivel europeo de este enfoque y análisis económico de la justicia civil. En relación con ello, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, 2018, Madrid, pp. 114-123.

18. HESS, B. «Judicial discretion» en STORME, M., HESS, B. (eds.), *Discretionary power of the judge: limits and control*, Kluwer, Mechelen, 2003, p. 56; SAENGER, I., «Case Management in Germany» en GOTTWALD, P. (ed.), *Litigation in England and Germany*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 2010, p. 15; ZUCKERMAN, A., «Court Case Management in England under the Civil Procedure Rules 1998» en GOTTWALD, P. (ed.), *Litigation*, *op. cit.*, pp. 1-3, 13-14.

19. HESS, B. «Judicial discretion», *op. cit.*, p. 65.

20. La concepción de la administración de justicia como un servicio público sometido al principio de eficiencia es una aproximación eminentemente ideológica y debe aprehenderse como tal. Lo contrario supondría una ideologización «*a beneficio de inventario*: desideologizo o ideologizo según lo que me interese retóricamente en cada momento» (DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez*, *op. cit.*, p. 61).

21. Es suficientemente expresivo de esto el nombre del Proyecto de Ley de Medidas de *Eficiencia* Procesal del *Servicio Público de Justicia*.

fenómeno en su integridad. Para entender qué es la gestión del proceso en un ordenamiento concreto debe determinarse en qué funciones consiste, qué poderes tiene atribuidos el juez para llevarlas a cabo, cuál es su finalidad —*i.e.* gestión del proceso, ¿para qué?— y cuáles son sus límites y controles.

3.1. La gestión formal y material del proceso

La doctrina alemana distingue entre la *gestión o dirección formal y material del procedimiento —die formelle und materielle Prozessleitung—*.[22] Aunque en la práctica puede ser difícil calificar una determinada función de una u otra forma, la clasificación es útil para enmarcar el análisis y extraer conclusiones en relación con los estándares nacionales y europeos que se identificarán.

La gestión formal del procedimiento tiene como objeto la dirección, la administración y la organización del proceso como tal, es decir, del conjunto de actuaciones procesales en las que cronológicamente se desarrolla. Son funciones que, en principio, se limitan a la gestión del proceso como conjunto externo de actos y que no tienen incidencia —cuanto menos directa— en el objeto del proceso. La gestión formal, con mayores o menores poderes para su desarrollo, es una función tradicionalmente atribuida al juez en los distintos ordenamientos procesales europeos.

La gestión material tiene como centro de gravedad el objeto del proceso: la determinación de unos hechos con transcendencia jurídica, su fijación como ciertos a efectos del proceso, su calificación jurídica y su subsunción en determinadas normas aplicables al caso concreto. En definitiva, gravita en torno al enjuiciamiento de la pretensión de tutela judicial que el justiciable pretende.

Aunque la gestión del proceso se lleva a cabo durante todo su desarrollo, normalmente el ejercicio de estas funciones se concentra en una audiencia previa al juicio o *pre-trial hearing*. Se considera que en ese momento, tras una fase escrita en la que las partes han presentado sus escritos de alegaciones, el tribunal cuenta con los elementos de hecho y Derecho que le permiten gestionar el proceso.

---

22. FRITSCHE «§ 136» en *Münchener Kommentar zur ZPO. Band 1*¸ C. H. Beck, München, 6ª ed., 2020, Rn. 2-4; STADLER «§ 136» en MUSIELAK, VOIT, *ZPO*, Franz Vahlen, 17ª ed., München, 2020, Rn. 2; SAENGER, I., «Case Management», *op. cit.*, pp. 17-18; PEÑA ADASME, A., *La flexibilidad del procedimiento civil. Una reconstrucción teórica*, 2018, pp. 264-267, 273-274. Tesis doctoral disponible en: https://repositori.upf.edu/handle/10230/36318?locale-attribute=es

3.2. La finalidad y los límites de la gestión del proceso

La *gestión es un medio* que, como tal, está encaminado a un fin. Por ello, todo análisis *de lege lata* y *de lege ferenda* sobre la gestión del proceso debe tomar en cuenta el fin que con esta se persigue. La *finalidad de la gestión del proceso* es una cuestión importante en la medida en que justifica los poderes atribuidos al juez y guía su ejercicio. Su determinación, como la mayoría del ordenamiento, responde a razones de política legislativa.

Como se verá, en el contexto del nuevo paradigma identificado de aproximación económica al fenómeno procesal, la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva *y* la eficiencia en los recursos son el *leitmotiv* que inspira la gestión del proceso: se pretende obtener una sentencia justa dictada en un proceso en el que se inviertan los recursos públicos de forma proporcional a la naturaleza de la litis.[23]

El legislador parte de la base más o menos explícita de que los justiciables no hacen un uso racional del sistema. Subyace la idea de que lo «normal» es que estos intenten atribuirse la mayor asignación de recursos públicos posibles para la resolución de su litigio. En este sentido, se considera que debe ser el tribunal el que gestione el proceso de manera que alcance su fin institucional con una asignación justa y proporcional de recursos a cada caso —*fair allocation of resources*—.[24]

El legislador tiene libertad para determinar las funciones judiciales de gestión y la finalidad que le quiere atribuir. Existen, sin embargo, ciertos límites que se imponen al legislador y al juzgador en el diseño y el ejercicio de estas. Como se ha dicho, y se debe insistir en la idea, el proceso es el instrumento a través del cual el justiciable ejercita sus derechos fundamentales de naturaleza procesal.[25] Más allá de lo que excepcionalmente pueda considerarse un límite constitucionalmente legítimo, el derecho a la tutela judicial efectiva limita negativamente la libertad que tiene el legislador para regular los poderes de gestión procesal y material.[26]

4. La flexibilidad del procedimiento

Para que el juez pueda gestionar el proceso es necesario que se le doten de poderes y se regulen vías procesales a través de las cuales se encauce su ejercicio. De poco o nada

---

23. ZUCKERMAN, A., «Court Case Management», *op. cit.*, pp. 2-4.

24. ZUCKERMAN, A., «Court Case Management», *op. cit.*, p. 12.

25. Por ello cobra importancia la identificación de aquellos actos procesales a través de los cuales los individuos ejercitan alguna faceta del derecho a la tutela judicial efectiva. En ellas la acción del legislador está limitada por el núcleo esencial del derecho, mientras que en el resto existe un mayor margen de actuación.

26. HESS, B. «Judicial discretion», *op. cit.*, pp. 63-65.

serviría una proclamación general sobre el poder o el deber del juez de gestión si no se le dan posibilidades jurídicas para hacerlo. El principal medio a través del cual se articula el ejercicio de las funciones en que consiste la gestión es la flexibilidad procedimental y la correspondiente discrecionalidad judicial que lleva aparejada. Gestión y flexibilidad son así dos conceptos que aparecen necesariamente relacionados.[27]

4.1. Rigidez *versus* flexibilidad procedimental

La flexibilidad se contrapone a la rigidez procedimental. Ambas son dos adjetivos predicables de la norma procesal en particular o del modelo del procedimiento en general. La flexibilidad supone la adaptabilidad del proceso a través de una cierta apertura de su desarrollo a la discrecionalidad judicial o a la voluntad de las partes. La rigidez supone una regulación del procedimiento completa y cerrada.

Existen ciertas ventajas e inconvenientes asociados a la rigidez y la flexibilidad. Y, como con cualquier otra decisión de política legislativa, no existen soluciones objetivamente buenas o malas. La mejor opción dependerá de la concreta porción de la realidad (procesal) que se pretende regular y de los objetivos que con ella se quieran alcanzar.

La rigidez procedimental maximiza la seguridad jurídica y, con una buena técnica legislativa, puede reducir ciertos costes de información y de transacción. La flexibilidad permite la adaptación del proceso a la litis —*i.e.*, a su complejidad fáctica o jurídica, la naturaleza del Derecho o interés material que se tutela, etc.—. El precio que se debe pagar por esta adaptabilidad es un cierto déficit de previsibilidad y, por tanto, de seguridad jurídica.[28]

En el análisis técnico sobre la oportunidad de adoptar un criterio u otro también debe tenerse en cuenta la organización de la administración de justicia y la división del trabajo dentro del propio órgano judicial. La rigidez del procedimiento permite la gestión procesal en masa de un conjunto de procesos más o menos iguales en sus trámites y fases. La flexibilidad requiere una inversión de recursos en el estudio del caso y en su propia gestión. Por ello, la gestión de un proceso flexible exige jueces formados, activos y creativos que quieran asumir sus funciones y un sistema de organización que se lo permita.[29]

---

27. En este sentido, HESS, B. «Judicial discretion», *op. cit.*, pp. 45-53; ZUCKERMAN, A., «Court Case Management» *op. cit.*, p. 6; PEÑA ADASME, A., *La flexibilidad*, *op. cit.*, p. 241.

28. BIAVATI, P., «Is flexibility a way to the harmonization of civil procedural law in Europe» en CARPI, F., LUPOI, M. A. (eds.), *Essays on transnational and comparative civil procedure*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2001, pp. 100-102; PEÑA ADASME, A., *La flexibilidad*, *op. cit.*, p. 411.

29. ZUCKERMAN, A., «Court Case Management», *op. cit.*, pp. 3, 5; BIAVATI, P., «Is flexibility a way to the harmonization» *op. cit.*, pp. 100, 104.

4.2. Las normas procesales dispositivas, flexibles o abiertas y los conceptos jurídicos indeterminados

La flexibilidad procedimental se consigue a través de distintas técnicas legislativas.[30] En particular, a través de normas procesales dispositivas, flexibles o abiertas y de conceptos jurídicos indeterminados.

Las *normas procesales dispositivas* fueron explicadas hace más de un siglo por VON BULOW.[31] Estas son aquellas que autorizan a los litigantes a influir en una situación procesal determinada. Como cualquier otra norma jurídica dispositiva, están formadas por dos elementos: la habilitación legal o autorización para modular los efectos jurídicos de la norma —*Ermächtigungsnorm*— y una regulación subsidiaria que se aplicará en el caso de que las partes no dispongan otra cosa —*subsidiäre Regelung*—. En su caso, la vinculación del órgano judicial no deriva de la voluntad de las partes, sino de su *vinculación positiva a la norma procesal dispositiva* que dota a aquella voluntad de eficacia procesal. La configuración de una norma como dispositiva es la técnica para abrir el ordenamiento procesal a la autonomía de la voluntad de las partes. Su utilidad está directamente relacionada con la eficacia de los contratos procesales dispositivos como mecanismo para dotar de flexibilidad al proceso.[32]

Las normas procesales flexibles o abiertas son aquellas que no determinan de forma cerrada el supuesto de hecho o el efecto jurídico de la norma. A través de ellas se establecen dos o más *alternativas* de actuación —si «A o B →X» o si «A → X o Y»— o directamente su determinación se deja al arbitrio del juez.

Los conceptos jurídicos indeterminados también dotan de una cierta flexibilidad al proceso. Se trata de normas aparentemente rígidas —por cuanto no dan expresamente la posibilidad de elegir entre alternativas posibles—, pero que en la práctica dan un cierto margen de adaptación al contexto histórico.

Desde luego, todas estas posibilidades se desenvuelven necesariamente en el *principio de legalidad procesal* (art. 1 LEC). La vinculación positiva del órgano judicial al ordenamiento exige que la flexibilidad procedimental se incorpore en el sistema. Es el ordenamiento procesal el que integra la flexibilidad a través de normas procesales de distinta naturaleza.

---

30. PEÑA ADASME, A., *La flexibilidad*, *op. cit.*, pp. 415-418.

31. VON BULÖW, O., «Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung», *ACP*, 64, 1881, pp. 1-109; WAGNER, G., *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, pp. 58-59.

32. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, *op. cit.*, pp. 202-206; WAGNER, G., *Prozeßverträge*, *op. cit.*, pp. 57-86.

4.3. La discrecionalidad judicial

Es posible que la norma procesal atribuya la decisión sobre una determinada cuestión al juez, a las partes o ambos bajo un determinado modelo de cooperación o subordinación. Con independencia del sistema que se adopte, siempre que se otorgue algún margen de libertad al juez de elegir entre dos o más alternativas se estará ante un caso de *discrecionalidad judicial*.[33]

La flexibilidad procedimental integrada en el sistema da un cierto margen de discrecionalidad al juez. En la medida en que no se regula de forma cerrada el trámite procesal o el comportamiento que debe llevarse a cabo, se tiene la facultad de elegir entre las posibilidades que autoriza la norma.

Desde luego, la discrecionalidad judicial no es arbitrariedad o capricho en la aplicación de las normas. La vinculación positiva del órgano judicial al ordenamiento supone que los poderes discrecionales se ejerciten conforme a la ley: son poderes reglados que se otorgan para la consecución de determinados fines y bajo determinados principios que guían su ejercicio.[34] Esto supone que la discrecionalidad judicial que viene aparejada a la gestión y la flexibilidad procedimental pueda ser controlable con base en determinados principios y test objetivos.[35]

5. La gestión del proceso en la LEC

Hasta aquí se ha explicado el fin institucional del proceso civil, el amplio margen que tiene el legislador para diseñar el papel del juez, algunas razones ideológicas o técnicas que pueden influir en su diseño, la gestión del procedimiento como función judicial y la flexibilidad procedimental como aquel mecanismo para llevarla a cabo. Además, se ha dicho que en nuestro ordenamiento el papel del juez parte del reparto general de funciones que deriva del principio dispositivo y de aportación de parte. Ahora es oportuno examinar la gestión y la flexibilidad del procedimiento en la LEC.

5.1. La gestión formal en la LEC

La LEC atribuye la dirección formal del procedimiento al juez o al tribunal. No se trata ahora de analizar de forma exhaustiva los poderes del juez y de todos los momentos en los que puede intervenir de oficio o discrecionalmente, sino solo de

---

33. HESS, B. «Judicial discretion», *op. cit.*, pp. 48, 66-67; PEÑA ADASME, A., *La flexibilidad*, *op. cit.*, pp. 267-268.

34. DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez*, *op. cit.*, pp. 136-138.

35. HESS, B. «Judicial discretion», *op. cit.*, pp. 48-54.

aquellas funciones y poderes que típicamente constituyen una gestión formal del proceso. Entre ellas están:

— la dirección de los debates, lo que supone mantener el orden en el uso de la palabra —funciones de policía— y velar por su agilidad al controlar que no deriven a cuestiones que se «separen notoriamente» del objeto del proceso (art. 186 LEC);
— la fijación de la fecha y la hora del juicio (art. 429.2 LEC) y, en general, del resto de vistas orales en función, entre otros criterios, de la «[n]aturaleza y complejidad de los asuntos» (182 LEC);
— el señalamiento de la vista en el juicio verbal en caso de que ninguna parte lo pida (art. 438.4 LEC), del recurso de apelación (art. 464.2 LEC) y de los recursos extraordinarios (art. 475.2 y 486 LEC);
— cuestiones formales relacionadas con la prueba como la determinación del orden de su práctica (300 LEC), mantener el orden en su desarrollo (arts. 306, 347, 372 LEC), la práctica de determinadas pruebas fuera del acto del juicio o vista (art. 290 LEC) o disponer el interrogatorio domiciliario de alguna parte (art. 311 LEC);
— la concesión de un turno de palabra para conclusiones e informes en el juicio verbal (art. 447.1 LEC);
— adoptar medidas de coerción en caso de que las partes o los abogados vulneren las reglas de la buena fe procesal (art. 247.3 LEC); y
— en materia de plazos procesales, se contempla de forma excepcional la habilitación de días y horas inhábiles (art. 131 LEC) y la interrupción de plazos y demora de términos en caso de fuerza mayor (art. 134.2 LEC).

En todos estos casos se identifican poderes discrecionales de gestión formal. Como se ve, la LEC atribuye al juez las tradicionales funciones de dirección —funciones de policía— y señalamiento de las vistas. También se identifican, aunque en menor medida, poderes de gestión relacionados con la celebración de alguna fase del proceso —*v.gr.*, la celebración de la vista en el juicio verbal— y con el orden y la forma en la práctica de la prueba.

En relación con la flexibilidad del procedimiento, debe señalarse que la LEC contempla un modelo de procedimiento más o menos rígido en sus fases, un sistema también rígido de plazos procesales (art. 134.1 LEC) y de estricta preclusión procesal (art. 136 LEC).

5.2. La gestión material en la LEC

La LEC atribuye importantes poderes de gestión material al juez o el tribunal. Como se ha dicho, aunque en ciertos casos puede ser difícil etiquetar una determinada

función de una u otra forma, puede considerarse como gestión material toda aquella actividad que tenga como centro de gravedad el objeto del proceso. En este sentido, se pueden identificar las siguientes funciones judiciales de gestión:

— la acumulación de procesos (arts. 75 y 76 LEC);
— intentar que las partes lleguen a algún acuerdo o deriven su litigio a medios alternativos de resolución de conflictos (arts. 414.1 y 428.2 LEC);
— la solicitud de que las partes aclaren o precisen «hechos y argumentos contenidos en sus escritos de demanda o contestación» (art. 426.6 LEC);
— la fijación con las partes de los hechos controvertidos (art. 428.1 LEC);
— advertir a las partes sobre la insuficiencia probatoria para fijar como ciertos determinados hechos fundamentales y, en su caso, señalar los medios de prueba que a su juicio pueden ser pertinentes (art. 429.1 LEC);
— en relación con la práctica de la prueba, hacer preguntas a las partes o los testigos para pedir aclaraciones o adiciones (arts. 306.1 y 372.2 LEC), acordar el careo entre testigos y entre estos y las partes (art. 373 LEC), interrogar al testigo en caso de tacha (art. 367.2 LEC), formular preguntas y requerir explicaciones a los peritos (art. 347.2 LEC), la citación de personas físicas para aclarar o completar la declaración de la persona jurídica (art. 381.3 LEC), acordar la intervención de la persona técnica o práctica que acuda al reconocimiento judicial (art. 354.3 LEC), acordar la práctica del reconocimiento judicial, prueba pericial o ambas antes de la vista en el proceso sumario de suspensión de obra nueva (art. 441.2 LEC);
— la petición de aclaraciones e información adicional cuando el juez no se considere suficientemente ilustrado en el trámite de conclusiones e informes finales (art. 433.1 LEC); y
— excepcionalmente, acordar de oficio que en determinados casos se practiquen nuevas pruebas como diligencia final (art. 435.2 LEC).

En todos estos casos se identifican funciones de gestión material que, en su mayoría, se llevan a cabo en la audiencia previa del juicio o al inicio de la vista del juicio verbal (art. 443 LEC). Entre estas, destacan la de aclarar y delimitar con las partes el objeto del proceso y los hechos controvertidos y, con ello, la de ayudar a enfocar el debate procesal. Aunque les corresponde a las partes fijar el objeto del proceso, el juez tiene un papel activo en su aclaración y delimitación.[36]

También destacan los poderes del juez relacionados con la proposición y la práctica de la prueba. En especial, la facultad de advertir sobre la insuficiencia probatoria de un determinado hecho alegado y su intervención material en la práctica de la

36. BANACLOCHE PALAO, J. en BANACLOCHE PALAO, J., *et al*., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2009, pp. 318-319.

prueba produciendo auténtico material probatorio —*v.gr.* la respuesta de un testigo a una pregunta realizada por él—. Por tanto, en relación con la prueba, la LEC da al juez funciones tanto de gestión formal como material.

En relación con la facultad judicial de advertir sobre la insuficiencia probatoria (art. 429.1 LEC), debe señalarse que formalmente esta no cambia las cargas procesales que conforme a una definición académica del principio de aportación de parte le corresponden a cada litigante. La advertencia se limita a los hechos controvertidos, por lo que en ningún caso se permite tomar en consideración hechos fundamentales no alegados —aunque se desprendan de los autos— y, desde luego, no se permite al juez hacer una investigación de oficio sobre estos. El precepto tampoco permite en ningún caso la proposición y la práctica de determinados medios de prueba de oficio.[37]

Debe subrayarse que del artículo 429.1 LEC no se desprende, como sí puede hacerse de otras facultades del juez, que sea una norma de aplicación excepcional. Por ello, el principal obstáculo para el ejercicio práctico de este poder, más que en una pretendida afectación del principio (contingente) de aportación de parte (art. 216 LEC), está en la fijación de criterios técnicos que guíen y limiten su ejercicio en la práctica.

La realidad demuestra que el artículo 429.1 LEC es una facultad raramente utilizada. Repele a la cultura jurídica que el juez advierta a alguna de las partes que los medios de prueba que ha propuesto pueden ser insuficientes y, más aún, que señale aquellos que podría proponer. Se trata, sin embargo, de un poder legal —*i.e.* reglado— que impone determinar la *ratio legislatoris* de la norma y los límites dentro de los cuales *debe* ejercitarse. Más aceptada, aunque si bien se mira con igual incidencia material en el proceso, es la intervención activa del juez en la práctica de la prueba.

5.3. Un apunte de derecho comparado: Alemania

El objetivo de estas líneas es analizar la convergencia entre el proceso civil español y los estándares europeos actuales —comparación vertical—. No obstante, es de interés hacer un breve apunte de Derecho comparado en relación con las funciones de gestión procesal que tiene el juez en el ordenamiento alemán —comparación horizontal—. Esto ayudará a contextualizar y poner en perspectiva tanto nuestro ordenamiento como aquellos estándares europeos que se identificarán.

---

37. Banacloche Palao, J. «Comentario del art. 429» en De La Oliva Santos, A., *et al*., *Comentarios*, *op. cit.*, pp. 725-726; Banacloche Palao, J., *El tratamiento*, *op. cit.*, pp. 330-335.

5.3.1. Die formelle Prozessleitung

En el proceso civil alemán la gestión formal del proceso es una tarea atribuida al juez. En el desarrollo de las vistas se le atribuye a él o al presidente del tribunal la función de dirigir su desarrollo, dar la palabra, mantener el orden (§ 134.2 *ZPO*) y señalar la fecha y la hora para la celebración de las vistas (§§ 216 o 361 *ZPO*).

También se le asignan al juez funciones de gestión formal como la de determinar, ampliar o reducir determinados plazos procesales establecidos en la ley de manera flexible o abierta (§§ 134.2, 139.5, 226, 239. 3, 244. 2, 273.2, 274. 3, 275, 276, 283, 356, 520. 2, 521. 2 o 551. 2 *ZPO*).[38] Entre estos plazos destaca la fijación del plazo para contestar a la demanda, que deberá ser de al menos dos semanas (§§ 275.1, 276, 277.3 *ZPO*). Además, el juez debe decidir si se tendrá una audiencia oral previa al juicio —*Früher erster Termin*— o si este se preparará de forma escrita —*ein schriftliches Vorverfahren*— (§ 272.2 *ZPO*).[39]

Para cumplir con estas tareas se regula una fase preliminar en la que el juez debe estudiar el asunto y puede emitir determinadas órdenes a las partes (§ 273 *ZPO*). Esto le permite identificar en un momento inicial las características de la litis y las necesidades procesales que requiere.

En definitiva, además de las tradicionales funciones de gestión formal, el proceso civil alemán se caracteriza por una destacable flexibilidad en sus plazos y fases. Esto le permite al juez desde un momento inicial decidirse por una preparación oral o escrita del juicio —*Haupttermin*—.

5.3.2. Die materielle Prozessleitung

Las funciones de gestión material del juez se concentran en el §139 *ZPO*. Se trata de una norma cuya redacción actual es fruto de la importante reforma procesal de la *ZPO* del año 2001 y que ha sido objeto de una reciente reforma en el año 2020.[40] Son datos que permiten identificar la «vigencia» de su contenido.[41]

---

38. LEIPOLD, D., «vor § 128» en STEIN-JONAS, *ZPO. Band. 3*, Mohr Siebeck, 22ª ed., Tübingen, 2005, Rn. 189 y «§ 137», Rn. 17; MÜKOZPO/FRITSCHE «§ 136», *Op. Cit.*, Rn. 3.

39. STEIN-JONAS/LEIPOLD «§ 137», *op. cit.*, Rn. 17; SAENGER, I., «Case Management», *op. cit.*, p. 18; MÜKOZPO/ FRITSCHE «§ 136», *op. cit.*, Rn. 2-4; MUSIELAK-VOIT/STADLER «§ 136», *op. cit.*, Rn. 3; JAUERNIG, O., HESS, B., *Manual de Derecho procesal civil* (Trad. ROIG MOLÉS, E.), Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 156-158.

40. STEIN-JONAS/LEIPOLD «§ 139», *op. cit.*, Rn. 5; MUSIELAK-VOIT/ STADLER «§ 139», *op. cit*., Rn. 2.

41. Los orígenes del precepto están en la influencia que tuvo el modelo del «juez activo» diseñado por Klein en los países de cultura germana. En este sentido, OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany», *op. cit.*, pp. 300-302. HESS, B. «Judicial discretion», *op. cit.*, pp. 57-58.

En apretado resumen, las funciones de gestión material van dirigidas a determinar con las partes los elementos fácticos y jurídicos del caso y, con ello, la perspectiva desde la cual el juez o el tribunal lo resolverá. Estas funciones se configuran como auténticos *deberes judiciales* y tienen como fundamento último el derecho de defensa de las partes (art. 103.1 *GG*), la eficiencia y la justa resolución de la litis.[42]

El primer *deber* del juez es el de aclaración —*Frage* - o *Aufklärungspflicht*— (§ 139.1 *ZPO*).[43] Este le impone aclarar con las partes los hechos y los fundamentos de Derecho alegados, los hechos que son controvertidos, las pruebas propuestas y la *perspectiva —Gesichtspunkte*— desde la que debe resolverse el caso. No se pretende que el juez adelante razones o juicios, sino de que las partes tengan claro el enfoque desde el que debe abordarse la litis y, con ello, aquellas cuestiones fundamentales de las que depende el fallo de la sentencia.[44]

Una vez que se ha aclarado el objeto e identificado la perspectiva, el juez debe avisar a las partes —*Hinweispflicht*— sobre determinadas cuestiones fácticas o jurídicas que han pasado por alto o han considerado insignificantes —*erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat*— (§ 139.2 y 3 *ZPO*). En concreto, avisarles sobre la insuficiente alegación de los hechos fundamentales que constituyen la causa de pedir de la tutela que pretenden —*unzureichende Substantiierung*— o la insuficiencia probatoria para fijarlos como ciertos. Este deber no pretende que el juez corrija o diseñe la defensa de las partes, sino que se asegure de que estas han entendido la perspectiva que debe adoptarse y de que actúan en consecuencia cumpliendo con las cargas que le son propias.[45]

> En el proceso alemán el tribunal puede adoptar la práctica de determinados medios de prueba de oficio.[46] Entre ellos, la solicitud de documentos o registros a las partes y terceros (§§ 142 y 143 *ZPO*), el reconocimiento judicial, la designación de un perito judicial (§§ 144, y 372 *ZPO*) o el interrogatorio de las partes (§§ 278.3 y 448 *ZPO*).[47] Esto no supone que el proceso civil se rija por el principio de investigación. El tribunal no puede en ningún caso investigar hechos, por lo que la iniciativa probatoria solo puede tener como objeto los hechos alegados por las partes o

42. Stein-Jonas/Leipold «§ 139», *op. cit.*, Rn. 27; MüKoZPO/Fritsche «§ 139», *op. cit.*, Rn. 2.

43. Saenger, I., «Case Management», *op. cit.*, pp. 20-21.

44. Stein-Jonas/Leipold «§ 139», *op. cit.*, Rn. 15-19; Wöstmann, H. «§ 139» en Saenger, I., *ZPO*, Nomos, 8ª ed., Baden-Baden, 2019, Rn. 6; Von Selle «§ 139» en Vorwerk, Wolf, *BeckOK ZPO*, 39ª ed., C. H. Beck, München, 2020, Rn. 1.

45. MüKoZPO/Fritsche «§ 139», *op. cit.*, Rn. 9; Saenger/ Wöstmann, H. «§ 139», *op. cit.*, Rn. 2-5; SAENGER, I., «Case Management», *op. cit.*, pp. 20-21; Jauernig, O., Hess, B., *Manual*, *op. cit.*, pp. 170-173.

46. Se trata también de una característica identificable en aquellos países de cultura germana influenciados por el «modelo de juez» de Klein. En relación con ello, Oberhammer, P., Domej, T., «Germany», *op. cit.*, pp. 304-305.

47. Stein-Jonas/Leipold «vor § 128», *op. cit.*, Rn. 155; Saenger, I., «Case Management», *op. cit.*, pp. 24-29; Jauernig, O., Hess, B., *Manual*, *op. cit.*, p. 167.

> que se desprendan de los autos. Se considera que estas posibilidades —poco usadas en la práctica— son una modulación del principio de aportación de parte —*Verhandlungsgrundsatz* (§ 282 *ZPO*)— tal como es entendido tradicionalmente.[48]

El sentido de estos deberes es la prohibición de una «sentencia sorpresiva» —*Verbot der Überraschungsentscheidung*—.[49] La aclaración y el aviso permiten a las partes adaptar su defensa a la perspectiva que adoptará el tribunal en el momento de dictar la sentencia. El criterio para determinar si una sentencia es sorpresiva —y, por tanto, el criterio para determinar si se activan estos deberes— es si esta era previsible para un litigante diligente y atento —*ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter*—.[50]

> Estos son auténticos deberes judiciales cuyo incumplimiento supone una infracción procesal. Es posible que las partes aleguen en un recurso de apelación que la sentencia tomó en consideración una determinada perspectiva que el juez no aclaró o avisó. Además, desde luego, estos deberes se imponen al propio tribunal de apelación que, al resolver el recurso, tendrá que aclarar y avisar si pretende adoptar una perspectiva jurídica distinta de la del tribunal de la primera instancia.[51]

El fundamento de los deberes de aclaración, aviso y la prohibición de una sentencia sorpresiva es la obtención de una sentencia justa en el marco de un proceso eficiente en el que se respete el derecho de defensa y se mantenga un diálogo abierto entre las partes y el tribunal. [52]

En primer lugar, se entiende que si el tribunal basa su sentencia en razones de hecho y Derecho que las partes no pudieron prever se les podría ocasionar indefensión (art. 103.1 GG). En la medida en que estos son deberes legales, la falta de aclaración o aviso del juez crea en las partes la confianza legítima de que este no basará su decisión en una perspectiva jurídica sustancialmente distinta de aquella que tienen.[53] Aunque no toda infracción del §139 *ZPO* supone una vulneración del derecho de defensa, desde luego es posible que esta sea su origen.[54] En segundo lugar, se considera que al hacer partícipes a las partes desde un momento inicial de la perspectiva que se adoptará, estas aceptarán mejor la futura sentencia. En último lugar,

---

48. MUSIELAK-VOIT/STADLER «§ 139», *op. cit.*, Rn. 1 ; SAENGER, I., «Case Management», *op. cit.*, p. 32.

49. STEIN-JONAS/ LEIPOLD, D., «§ 139», *op. cit.*, Rn. 57-90; MÜKOZPO/FRITSCHE «§ 139», *op. cit.*, Rn. 41; SAENGER, I., «Case Management», *op. cit.*, pp. 20-21.

50. SAENGER/ WÖSTMANN, H. «§ 139», *op. cit.*, Rn. 1.

51. STEIN-JONAS/ LEIPOLD, D., «§ 139», *op. cit.*, Rn. 118-121; MÜKOZPO/FRITSCHE «§ 139», *op. cit.*, Rn. 4; MUSIELAK-VOIT/STADLER «§ 139», *op. cit.*, Rn. 3.

52. MÜKOZPO/FRITSCHE «§ 139», *op. cit.*, Rn. 4; BECKOKZPO/VON SELLE «§ 139», *op. cit.*, Rn. 1; JAUERNIG, O., HESS, B., *Manual*, *op. cit.*, pp. 172-173.

53. STEIN-JONAS/ LEIPOLD, D., «§ 139», *op. cit.*, Rn. 122-126; MÜKOZPO/FRITSCHE «§ 139», *op. cit.*, Rn. 41.

54. MUSIELAK-VOIT/STADLER «§ 139», *op. cit.*, Rn. 1.

y en relación con lo que ahora interesa, se considera que estos deberes permiten una gestión eficiente del proceso. La actividad procesal de las partes se enfocará en aquellos puntos con auténtica relevancia para la resolución del caso y no a extremos superfluos o innecesarios en relación con la perspectiva del tribunal.[55]

Son muchos y evidentes los problemas que tiene la delimitación de estos deberes en la práctica. Entre ellos, y a título principal, el respeto a la imparcialidad del juez y el principio de igualdad. Un límite más o menos claro es la imposibilidad de que el juez incorpore al debate nuevas pretensiones o excepciones no introducidas por las partes.[56] Esto, junto con las reglas de preclusión, impide que los litigantes a raíz de la intervención del juez adopten sobrevenidamente una defensa totalmente distinta de la diseñada inicialmente en sus escritos de alegaciones.

Es de interés señalar que, aunque estos deberes se aplican en todo caso, la intervención directa de las partes en el proceso es una circunstancia que debe tenerse en cuenta.[57] La intervención o no de abogados influye técnicamente en el alcance de los deberes de aclaración y aviso en la medida en que modula el criterio que activa su aplicación: lo que en ese proceso concreto puede considerarse una «parte procesal diligente y atenta». Además, se ha señalado que la naturaleza del Derecho material aplicable al fondo del asunto también es un elemento que debería modular su alcance.[58]

6. Los estándares europeos sobre la gestión y la flexibilidad procedimental

El primer paso para analizar la convergencia del proceso civil español con Europa es, justamente, determinar cuáles son aquellos «estándares europeos». Se identifican como tales aquellas normas del Derecho procesal civil europeo —*corpus iuris processualis europaeum*— y la jurisprudencia del TJUE y el TEDH que, sobre la base de la cultura procesal de los distintos ordenamientos nacionales, forman parte del *acquis communautaire*.

La gestión como función judicial impone utilizar como referente instrumentos legales que contengan una regulación más o menos completa del proceso civil y que, por ello, regulen una cuestión nuclear como lo es el papel del juez. En este

---

55. Saenger, I., «Case Management», *op. cit.*, p. 22.

56. Stein-Jonas/ Leipold, D., «§ 139», *op. cit.*, Rn. 20-21, 52-56; MüKoZPO/Fritsche «§ 139», *op. cit.*, Rn. 8.

57. Stein-Jonas/ Leipold, D., «§ 139», *op. cit.*, Rn. 25-26, 80-81; MüKoZPO/Fritsche «§ 139», *op. cit.*, Rn. 5-6, 12 ; Jauernig, O., Hess, B., *Manual*, *op. cit.*, pp. 170-171.

58. Saenger, I., «Case Management», *op. cit.*, pp. 22-23.

sentido, las *European Rules of Civil Procedure*, el procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes y la Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil son herramientas idóneas para identificar aquellos estándares.

El distinto origen y naturaleza de estos instrumentos —*hard* o *soft law*—, más que suponer un obstáculo metodológico, es un elemento que potencia el valor de esos «estándares europeos».

> Como explica GASCÓN INCHAUSTI, del conjunto de reglamentos y directivas que conforman el Derecho procesal civil europeo se constata que existe una reticencia —*self-restraint*— del legislador europeo en incidir en aspectos «meramente procedimentales».[59] Esto dificulta la identificación de estándares europeos de gestión y flexibilidad procedimental. Como se ha explicado, la gestión del proceso es un elemento que incide directamente en el papel del juez y, por tanto, es una cuestión estrechamente vinculada a la cultura jurídica de un país. Esto puede explicar en cierta medida la reticencia del legislador europeo.

6.1. Las *European Rules of Civil Procedure*

Las *European Rules of Civil Procedure* son un proyecto conjunto del *ELI* y *UNIDROIT* que suponen un desarrollo regional de los *Principles of Transnational Civil Procedure*.[60] El objetivo de las *European Rules* es proporcionar una serie sistematizada y coherente de reglas más o menos detalladas que, diseñadas sobre la base de la cultura procesal europea, sirvan de modelo para el futuro desarrollo del Derecho procesal civil europeo y nacional.[61]

En relación con lo que ahora interesa, en ellas se establece la obligación del tribunal de gestionar activamente el proceso y de «monitorizar» que las partes cumplan

---

59. GASCÓN INCHAUSTI, F., «El diablo está en los detalles: la importancia de las normas procedimentales para el legislador procesal europeo» en HERRERO PEREZAGUA, J. F., LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (dirs.), *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 311-313.

60. El texto de las *European Rules* puede consultarse en: https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules En relación con las *European Rules vid*. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las European Rules of Civil Procedure ¿Un punto de partida para la armonización del proceso civil?, *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, Vol. 13, Nº 1, pp. 277-297; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo*, *op. cit.*, pp. 98-101. También son de especial interés los trabajos de SILVESTRI, E., STÜRNER, M., y KERN, C. A. sobre las *European Rules* en GASCÓN INCHAUSTI, F., HESS, B. (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020, pp. 199-237.

61. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las European Rules», *op. cit.*, pp. 286-288, 289-290. Las *European Rules* aspiran a tener influencia en ordenamiento de países que no forman parte de la UE. Esta cuestión, que se explica por el distinto ámbito de la UE y UNIDROIT, amplía el ámbito geográfico de los estándares europeos que en ellas pueden identificarse. Para ver la relación entre las *European Rules* y el *acquis communautaire vid*. el Preámbulo de las *European Rules of Civil Procedure*, pp. 24-31.

con las funciones que tienen asignadas (*Rule 4*). Todo ello vinculado a un principio de cooperación (*Rule 2*) y de *resolución proporcional* del litigio (*Rule 5*).[62] La relación entre el principio de gestión y de cooperación se materializa, entre otras cuestiones, en que si las partes están de acuerdo en alguna medida para gestionar el proceso, como norma general el tribunal deberá adoptarla [*Rule* 50 (2)]. Conforme al principio de resolución proporcional, el tribunal debe atender a la naturaleza, la importancia y la complejidad del caso para su gestión.

En cuanto a la flexibilidad procedimental, debe señalarse que las *European Rules* regulan un único procedimiento para la tramitación de cualquier tipo de asuntos —modelo *single track*—. Este es flexible y puede ser adaptado por el juez en función de las características del caso.[63] Como regla general, el proceso consta de una fase escrita en el que las partes presentan sus escritos de alegaciones, una audiencia oral previa al juicio y el propio juicio —*final hearing*—. Ahora bien, es posible que el tribunal adapte este esquema y suprima la audiencia previa, que fije más de una, que prepare el juicio de forma escrita, que resuelva las cuestiones procesales en la audiencia previa o en una vista independiente o que dicte la sentencia inmediatamente en casos sencillos.

Respecto de la gestión del proceso, las *European Rules* se decantan por incluir un listado ejemplificativo más o menos amplio de las funciones en las que consiste (*Rules* 49 y 218). Esto permite identificar los objetivos que se quieren conseguir con la gestión y, de esta manera, que deben guiar el ejercicio de los poderes que tiene el tribunal.

En relación con la gestión formal del proceso, se identifican las siguientes funciones:

— determinar las fases del proceso conforme a la naturaleza y la dificultad del caso [*Rule* 49(3)]. En concreto, fijar una o varias audiencias previas para gestionarlo [*Rules* 49(2) y 61(1)] o, en su caso, dictar la sentencia inmediatamente en asuntos sencillos [*Rule* 65 (1)];
— fijar un calendario inicial con los plazos y las fechas en los que las partes deben cumplir con determinados requerimientos, la fecha del juicio y una fecha orientativa para la emisión de la sentencia [*Rules* 49(4) y 61];
— limitar el número y la longitud de futuros escritos procesales [*Rule* 49(5)];
— fijar aquellos plazos procesales que son flexibles, entre ellos, el plazo para contestar a la demanda [*Rule* 54] o cualquier plazo procesal cuando las partes estén domiciliadas en otro Estado (*Rule* 165); y

62. Gascón Inchausti, F., «Las European Rules», *op. cit.*, pp. 286-287.

63. Un procedimiento flexible es una opción que permite la armonización y el acercamiento de distintos ordenamientos procesales nacionales. En este sentido, Biavati, P., «Is flexibility a way to the harmonization», *op. cit.*, pp. 85-104.

— gestionar cuestiones relativas a la disponibilidad, la admisibilidad, el intercambio y el acceso a fuentes de prueba; así como aquellas relacionadas con la forma y el orden de la práctica de la prueba [*Rules* 49 (11), 62 y 92].

En relación con la gestión material del procedimiento, se identifican las siguientes funciones:

— acumular o desacumular procesos [*Rule* 49(6)];
— determinar el orden en que se van a tratar las cuestiones procesales y materiales y decidir si algunas de ellas —*v.gr.* la renuncia o la prescripción de la acción— deben ser decididas antes que el resto [*Rule* 49(6), (7)] y 64 (5)];
— informar, facilitar, asistir y participar activamente en una solución pactada del conflicto en cualquier momento del procedimiento —incluso con la redacción de borradores de acuerdo— [*Rules* 10 y 49 (1)];
— invitar a las partes a que aclaren y complementen sus alegaciones fácticas [*Rule* 24(2)];
— invitar a las partes a que «suplementen» sus proposiciones de prueba y, excepcionalmente, acordar de oficio la práctica de la prueba [*Rules* 25 (3), 62, 92, 120 y 126 (3)]; y
— dar consejo a las partes con vistas a su preparación para el juicio [*Rule* 61(4)].

En relación con la gestión formal del proceso, destacan los poderes del juez dirigidos a la determinación de las fases y los plazos en el marco de un procedimiento flexible.[64] Esto permite su adaptación y evita la regulación de varios procedimientos especiales o con especialidades. Además, la vinculación que existe entre la gestión activa del tribunal y el principio de cooperación supone que las partes puedan de común acuerdo —en el propio proceso o a través de contratos procesales—influir en la tramitación del litigio.

En relación con la gestión material del proceso, destacan las funciones —configuradas como auténticos deberes— de aclarar con las partes el objeto del proceso, invitarlas a que complementen sus alegaciones fácticas y sus proposiciones de prueba. Las *European Rules* establecen la prohibición de que el tribunal base su sentencia en cuestiones de hecho o Derecho que las partes no han tenido la oportunidad de abordar (*Rule* 12). Esto se traduce en la obligación del juez de vigilar que las partes han entendido la perspectiva desde la que se resolverá el caso, que se enmarca en su deber de «monitorizar» que estas cumplen con las cargas que tienen atribuidas [*Rule*s 4 y 24 y 25].

64. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las European Rules», *op. cit.*, pp. 286-288, 289-290.

> Los deberes de gestión y monitorización son auténticos deberes judiciales cuyo incumplimiento puede suponer una flexibilización de las reglas de preclusión sobre la alegación de los hechos, la modificación de las pretensiones o las defensas y la proposición de la prueba (*Rule* 27). Además, su incumplimiento también modula las posibilidades de alegación y prueba en la segunda instancia (*Rule* 168).

El tribunal no puede considerar hechos no introducidos por las partes, por lo que las *European Rules* no incorporan el principio de investigación de oficio. Corresponde a los litigantes presentar los hechos y las pruebas en los que apoyan sus pretensiones. Los poderes y las funciones que se atribuyen al juez se enmarcan en el referido deber de monitorización. Este justifica el aviso a las partes sobre la no alegación de aquellos hechos fundamentales para la tutela que pretenden, la insuficiencia probatoria y, *excepcionalmente*, la posibilidad de practicar prueba de oficio [*Rules* 25.3, 62, 92, 120 y 126 (3)].[65] Se trata, por lo tanto, de una configuración del principio de aportación de parte que incorpora amplias funciones de gestión material del juez.[66]

> La *Rule 14* determina que, como regla general, las partes pueden representarse por sí mismas, salvo que se establezca por ley que es preceptiva la intervención de abogados. Esta regla de postulación explica y contextualiza los deberes de monitorización: las *European Rules* parten de un «proceso sin abogados».

Por último, debe señalarse que se propone como criterio para determinar el alcance y los límites de estos deberes de gestión la naturaleza dispositiva o imperativa del Derecho material aplicable al fondo del asunto.[67]

6.2. Las Reglas de procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes

En el marco de la cooperación reforzada, el Reglamento (UE) 1257/2012 y el Acuerdo del Consejo sobre un tribunal unificado de patentes crean un «tribunal común para todos los Estados miembros contratantes». Las Reglas de procedimiento del Tribunal Unificado de Patentes regulan de forma detallada un procedimiento com-

---

65. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las European Rules», *op. cit.*, p. 285.

66. Como en el ordenamiento alemán, se incorpora la posibilidad excepcional de que de oficio se nombren peritos o se lleve a cabo un reconocimiento judicial.

67. En este sentido véase el comentario a la Regla 24: «As such under the present Rules, only in exceptional circumstances should a court not provide a responsible amount of judicial assistance to the parties to better enable them to articulate their respective cases. If, for instance, a party's factual allegations provide a clear indication to the court of the applicability of mandatory European or national law it should invite the party who has the benefit of that law to clarify and, where necessary, supplement its factual assertions to better enable the court to determine the proceedings on the basis of the applicable mandatory law».

pleto y, por ello, son un instrumento útil para identificar estándares europeos sobre gestión y flexibilidad procedimental.

El Preámbulo de las Reglas establece ya la función del tribunal de gestionar activamente el proceso y la obligación de las partes de cooperar en ello. La gestión debe guiarse por el principio de proporcionalidad, que pretende que el proceso se adecúe a la naturaleza, la complejidad y el tipo de acción que se ejercita. Para conseguir una gestión eficiente se fija como regla general que las normas procesales se apliquen de forma flexible. La gestión del proceso se relaciona así con los principios de proporcionalidad, flexibilidad y cooperación. En este marco, las reglas incorporan las siguientes funciones de gestión formal:

— estudiar el caso desde un momento inicial para determinar si es necesario fijar una o más vistas intermedias —*interim conference*— en las que se gestione el proceso y prepare el juicio (*Rule* 101);
— establecer un calendario para el desarrollo del proceso [*Rules* 104 (c) y 332 (g)];
— fijar una vista independiente para tratar una determinada cuestión [*Rule* 334 (d)];
— adaptar las fases del proceso en función de los costes que generan [*Rule* 332 (h)];
— tratar las cuestiones sin necesidad de que las partes acudan personalmente y, en su caso, utilizar medios telemáticos [*Rule* 332 (j) y (k)];
— fijar una vista especial para que el tribunal escuche a los testigos o los peritos [*Rule* 104 (g) y (h)]; y
— aunque se establece un principio rígido de preclusión procesal (*Rule* 9.2), como regla general —y previa petición de las partes— el tribunal puede extender o acortar cualquier plazo procesal [*Rules* 9.3 y 334 (a)].

En relación con la gestión material del proceso se identifican las siguientes funciones:

— acumular procesos [*Rule*s 334 (i), 340];
— con independencia de la celebración de una vista intermedia, el tribunal puede ordenar a las partes que hagan determinadas aclaraciones sobre sus alegaciones, que respondan a preguntas específicas, que presenten determinados medios de prueba o documentos (*Rule* 103);
— animar a las partes a que cooperen y lleguen a acuerdos [*Rules* 104 (d), 332 (a), (e) y (f)];
— identificar las cuestiones controvertidas en una fase inicial [*Rules* 332 (a)] de manera que pueda decidirse si alguna de ellas puede ser resuelta sumariamente [*Rule* 332 (b)] o el orden en que deben enjuiciarse [*Rules* 332 (c) y 334 (e)];

— excluir alguna cuestión de la consideración del tribunal [*Rule* 334 (f)] o desestimar sumariamente alguna acción o defensa si no tiene ninguna posibilidad de prosperar [*Rules* 334 (g) y 361];
— en la vista intermedia, identificar las cuestiones principales y los hechos fundamentales controvertidos [*Rules* 104 (a) y (b)];
— en el juicio, decidir sobre la suspensión del procedimiento y solicitar la práctica adicional de prueba en aquellos casos excepcionales en los que el tribunal considere que la practicada no ha sido suficiente (*Rule* 114); y
— nombrar un perito de oficio cuando el tribunal deba decidir sobre determinados aspectos técnicos (*Rule* 185).

En relación con la gestión formal del proceso, vuelve a destacar la naturaleza flexible de las fases y los plazos procesales para adaptarlos a las características del caso. En cuanto a su gestión material, llama la atención el poder del juez de influir en el propio enjuiciamiento del objeto del proceso: puede decidir el orden en el que se resolverán las distintas cuestiones fácticas y jurídicas que lo integran o si es conveniente hacerlo de manera sumaria con alguna de ellas. De este modo el debate procesal puede centrase únicamente en aquellas cuestiones complejas de las que depende el fallo de la sentencia. Además, existe la posibilidad de desestimar cualquier cuestión o acción que se considere manifiestamente infundada.

> Aunque también construido sobre el principio de aportación de parte —y en el marco de un procedimiento jurídicamente complejo en el que se espera la intervención de abogados expertos en la materia— debe llamarse la atención sobre los poderes que tiene atribuido el tribunal en materia probatoria.

6.3. Normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea

En el año 2017 el Parlamento Europeo aprobó la Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea. El propósito de esta recomendación es impulsar una futura directiva sobre normas mínimas aplicables a procesos civiles nacionales con repercusión transfronteriza (art. 2).[68]

> Como se sabe, la UE tiene una competencia legislativa limitada en materia procesal. Su actividad legislativa suele apoyarse en competencias como la cooperación judicial dentro del espacio europeo de Justicia (art. 81.2 TFUE) y —progresivamente con mayor intensidad— en determinadas materias que afectan el funcionamiento del mercado interior (art. 26 TFUE) —*v.gr.* las Directivas por infracciones

68. Gascón Inchausti, F., *Derecho europeo*, *op. cit.*, pp. 75-98.

> del derecho de la competencia o la relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores—.[69]

La Recomendación se limita a establecer una serie de reglas generales aplicables al proceso civil. Es una regulación modesta y poco detallada que, en muchos aspectos, no incorpora más que pautas generales o proclamaciones de intenciones. Sin embargo, es un instrumento de interés por cuanto fija, dentro del ámbito que competencialmente le es posible, la posición del legislador comunitario en relación con la gestión del proceso como función judicial.[70]

La Recomendación da un papel protagonista al juez en la gestión «eficaz y eficiente» del proceso (Considerando 14). Esta tiene la finalidad de que «los órganos jurisdiccionales tramiten activamente los asuntos de los que conocen con el fin de garantizar la resolución justa y eficiente de los litigios, empleando para ello un plazo y unos costes razonables» (art. 9).

Entre las funciones de gestión formal están la de **§** establecer calendarios para controlar el desarrollo del proceso, **§** tratar en la misma ocasión el mayor número posible de cuestiones, **§** examinar el asunto sin necesidad de que las partes asistan personalmente y, para ello, **§** hacer uso de los medios técnicos disponibles.

Respecto de las funciones de gestión material se contempla la de **§** fomentar la cooperación entre las partes, lo que incluye **§** ayudarlas a que lleguen a un acuerdo, **§** identificar en una fase temprana las cuestiones procesales y materiales controvertidas; esto permitirá **§** decidir si hay algunas que puedan ser resueltas de modo sumario y **§** decidir el orden en el que deben enjuiciarse.

Sin regular propiamente un procedimiento flexible, las funciones judiciales de gestión se centran en el propio enjuiciamiento del objeto del proceso. El juez puede decidir el orden y la forma en que se resolverán las distintas cuestiones sobre las que pivota el pleito, de manera que el tiempo y los recursos se inviertan en aquellas complejas de las que depende el fallo de la sentencia.

Por último, debe señalarse que las medidas deberán adoptarse «consultando a las partes», por lo que las funciones de gestión se vinculan a un principio —más bien restringido— de colaboración.

---

69. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo*, *op. cit.*, pp. 15-31, 37; GASCÓN INCHAUSTI, F., «El diablo está en los detalles», *op. cit.*, p. 286.

70. GASCÓN INCHAUSTI, F., «El diablo está en los detalles», *op. cit.*, pp. 306-310.

6.4. Recapitulación

En resumen, en los estándares europeos se identifica una clara tendencia a aumentar las funciones judiciales de gestión formal y material del proceso. La finalidad de todos estos poderes es la obtención de una resolución justa y de un proceso eficiente en términos de tiempo y coste.

En relación con la gestión formal y la flexibilidad, destaca la regulación de un solo procedimiento —*single track*— con fases y plazos flexibles. La fijación inicial de un calendario da seguridad jurídica a las partes y les permite hacer una previsión sobre el futuro desarrollo del proceso.

En cuanto a su gestión material, destaca la función del juez de delimitar y aclarar con las partes el objeto del proceso, de colaborar con ellas y de monitorizar que cumplen con sus cargas. En concreto, llama la atención la posibilidad de advertirles de que los hechos alegados no son suficientes para fundar la tutela que se pretende —*i.e.*, que han alegado una causa de pedir fáctica incompleta— o de que es insuficiente la prueba que han propuesto para fijar esos hechos como ciertos. Destaca, además, la facultad excepcional de practicar prueba de oficio. El proceso se construye así sobre un principio de aportación de parte en el que, aunque a los litigantes les sigue correspondiendo las tradicionales cargas procesales de alegación y prueba, el juez toma un papel activo en vigilar su cumplimiento. Por último, se identifica la posibilidad del tribunal de decidir sobre el propio enjuiciamiento del objeto del proceso: el orden y la forma en la que pueden resolverse las distintas cuestiones que lo integran.

7. La gestión y la flexibilidad del procedimiento en la LEC: ¿un proceso convergente con Europa?

Se han identificado aquellas funciones de gestión y flexibilidad del procedimiento en el ordenamiento español, alemán y en determinados instrumentos que permiten identificar lo que pueden considerarse los estándares europeos actuales. Ahora es oportuno analizar en qué medida nuestro ordenamiento procesal es convergente con aquellos estándares y, en su caso, si es conveniente que lo sea.

7.1. ¿El proceso civil español es convergente con Europa?

Por un lado, se identifican claras diferencias en la flexibilidad del procedimiento y los plazos procesales. La LEC contempla dos tipos de procesos declarativos —ordinario y verbal— que son bastante rígidos. Las posibilidades del juez de influir en las fases del proceso prácticamente se limitan solo a decidir sobre la celebración de la

vista del juicio verbal cuando ninguna de las partes lo haya pedido. Por tanto, hay convergencia en la regulación de pocos procedimientos, aunque existen notables diferencias en su flexibilidad. También llama la atención la absoluta rigidez en los plazos procesales en la LEC. Aunque con un principio estricto de preclusión procesal, tanto los estándares europeos como el ordenamiento alemán contemplan un sistema flexible de plazos procesales.

En relación con la gestión del proceso, la LEC regula importantes poderes de gestión formal y material que se concentran en la audiencia previa o en el inicio de la vista del juicio verbal. Las funciones de dirección de las vistas y la práctica de la prueba que tiene atribuido el juez convergen con los estándares europeos de gestión formal. Pese a que inicialmente pudiera pensarse lo contrario, la LEC incorpora también importantes poderes judiciales de gestión material. Entre ellas, destacan las funciones de aclarar y delimitar con las partes el objeto del proceso (art. 414.1 LEC), los hechos controvertidos (art. 428.1 LEC) y avisar sobre la insuficiencia probatoria (art. 429.1 LEC) —poder, que debe insistirse, no se regula de forma excepcional (*vid. supra*)—. Aunque no se exija al juez que determine con las partes la perspectiva desde la que considera que debe resolverse el litigio, la LEC sí le atribuye la función de enfocar el debate procesal y de asistir a los litigantes en su carga de proponer los medios de prueba pertinentes y útiles. También hay similitudes en cuanto a un juez activo en cuestiones formales y materiales relacionadas con la práctica de la prueba.

Las principales diferencias se centran, por tanto, en los referidos deberes de monitorización (*vid. supra*) y, desde luego, en la posibilidad de practicar prueba de oficio. Igualmente destaca la imposibilidad del juez español de influir en el orden y la forma en los que se enjuiciarán el conjunto de cuestiones que integran la litis (*vid. supra*).[71]

La práctica judicial acentúa aún más las diferencias identificadas en la regulación. Y es que, aunque una participación más o menos activa en la práctica de la prueba es usual, el aviso sobre la insuficiencia probatoria es absolutamente excepcional.

7.2. ¿Es conveniente que el proceso civil español converja con Europa?

Es evidente la tendencia europea a ampliar los poderes del juez en el proceso civil. Este cambio se basa en la idea de que el proceso es un instrumento que debe tu-

71. Es una sumariedad que se predica del enjuiciamiento temprano de alguna cuestión que forma parte del objeto del proceso y no de la falta de efectos de cosa juzgada material asociados a la sentencia.

telar los derechos de los justiciables en el menor tiempo y con la menor inversión de recursos —públicos y de las partes— (*vid. supra*). La justicia del resultado y la eficiencia en los medios son el *leit motiv* del Derecho procesal civil en Europa.[72]

También es evidente la regulación más o menos modesta de los poderes del juez en el proceso civil español y, desde luego, el ejercicio restringido que de estos se identifica en la práctica. Este *self-restraint* puede responder a distintas razones: el entendimiento de que el proceso civil «es cosa de las partes», de que la partes están defendidas técnicamente por abogados o, simplemente, en que la formación, la organización o la carga de trabajo de los jueces impiden una gestión activa del proceso. Esto se traduce en un cierto desfase entre el «modelo de juez» que impera en la cultura jurídica española y europea. [73]

Entrando ya en una dimensión valorativa, desde la perspectiva de los estándares identificados puede parecer deseable dotar de mayor flexibilidad al proceso civil español —tanto en sus fases como plazos—. Esta mayor flexibilidad debe ir acompañada de mayores poderes de gestión formal del juez que, en principio, no tienen incidencia directa en la configuración de los principios jurídico-técnicos en la LEC. Los desafíos en este punto pueden considerarse más de naturaleza técnica u organizativa. Y es que se debe conseguir que los jueces asuman la función que se les atribuye y que el sistema de organización en el que se integran se los permita.

Además, en línea con los estándares europeos, sería oportuno imponer que el ejercicio de los poderes de gestión del juez se vincule a un principio de colaboración. En concreto, establecer que como regla general el tribunal deberá adoptar las medidas de gestión acordadas por las partes. Esto potenciaría la eficacia de la autonomía de la voluntad de los individuos en el proceso civil y aumentaría el atractivo de la administración de justicia frente a otros mecanismos alternativos de resolución de controversias.[74]

---

72. Hess, B. «Judicial discretion», *op. cit.*, pp. 66-67.

73. Como dice Ortega, «[l]as ideas se tienen; en las creencias se está». El individuo se aproxima a la realidad desde la perspectiva vital que le da el conjunto de creencias que imperan en un espacio y un tiempo determinados. Son tan radicales que a veces se cofunden con la realidad misma: «operan ya en nuestro fondo cuando nos ponemos a pensar en algo» (Ortega y Gasset, J., *Ideas y creencias y otros ensayos*, Alianza Editorial, Madrid, 2018, pp. 23, 27). Por ello, y negando cualquier relativismo, para analizar y proponer no se puede perder de vista la perspectiva desde la que se analiza y se propone. Esta cuestión, más que una mera reflexión filosófica, ayuda a diseñar técnicamente las instituciones para el momento histórico en la que están llamadas a operar. La identificación de los estándares nacionales y europeos, sus similitudes y diferencias ayudan a explicar fenómenos tan reales y actuales como *v.gr*. el rechazo que puede generar un modelo de juez activo, gestor o colaborador que se impone desde el TJUE en materia de consumo.

74. Schumann Barragán, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, *op. cit.*, pp. 212-216;

Por la estrecha conexión que tiene con el principio de aportación de parte, mayor rechazo puede tener la incorporación de aquellas funciones judiciales de monitorización y cooperación que se identifican en los estándares europeos (*vid. supra*). Por eso, en este punto sería razonable potenciar las funciones del juez ya reguladas en la LEC e incorporar otras solo en determinados casos. El principal reto aquí está en fijar los objetivos, los criterios y los límites que guíen el ejercicio de estos poderes en la práctica.

La finalidad de todos los poderes de gestión debe ser la maximización de la tutela judicial efectiva como fin institucional del proceso y su eficiencia. La gestión activa debe perseguir estos dos objetivos y no una selección de fines a medida —*cherry picking*— o «bálsamo de Fierabrás» que disfrace de gestión del proceso una reducción en la asignación de recursos públicos a cada litigio.

El derecho de defensa es un límite claro a la regulación y el ejercicio de los poderes judiciales de gestión. Toda ampliación de estos poderes debe ir necesariamente acompañada de un régimen detallado de recursos que permitan controlar en la misma instancia o en ulteriores su ejercicio.

7.3. *De lege ferenda*: la gestión formal y la flexibilidad procedimental

En relación con la gestión formal y la flexibilidad procedimental, la experiencia demuestra que la gestión activa del proceso es útil en litigios muy complejos o sencillos. Estos son los casos en los que no existe una adecuación entre los recursos asignados en abstracto por la ley y los que la disolución del concreto conflicto jurídico requiere. Es en ellos en los cuales será eficiente la inversión de tiempo y recursos que exige la propia gestión. Por eso, la mejor opción de técnica legislativa sería mantener en la ley una regulación completa y detallada del procedimiento, de manera que sea autosuficiente aunque el juez no adopte ninguna medida de gestión en el proceso en cuestión.

En cuanto a las medidas concretas, podría mantenerse el esquema del procedimiento ordinario y verbal de la LEC, aunque haciéndolos por defecto flexibles. Es razonable que las partes tengan, cuanto menos, la oportunidad de comparecer una vez ante el juez. Por tanto, en el juicio ordinario la flexibilidad supondría la posibilidad de adoptar más de una audiencia previa, optar por una preparación escrita del juicio como en el proceso alemán —*ein schriftliches Vorverfahren*— o las *European Rules* o directamente suprimirla. En el juicio verbal la gestión posibilitaría acordar una o varias audiencias previas al juicio u optar por su preparación escrita para reducir el tiempo de la vista. Solo excepcionalmente debería permitirse la supresión de una vista en asuntos de escasa complejidad jurídica.

También es razonable incorporar plazos procesales flexibles, aunque manteniendo una regla estricta de preclusión procesal.[75] No es pertinente dejar ningún plazo procesal abierto, sino dar al tribunal la posibilidad de que lo amplíe o reduzca en función de las circunstancias del caso.

Una correcta gestión formal del proceso necesita de una fase inicial de estudio del caso. Actualmente lo normal es que el juez no tenga un conocimiento directo de la litis —en el mejor de los casos— hasta antes de la celebración de la audiencia previa o la vista del juicio verbal. Esta fase inicial supondrá un aumento de la carga de trabajo del juez —o, cuanto menos, su desplazamiento temporal a una fase temprana del proceso— e impondría una cierta reorganización de la dación en cuenta (art. 178 LEC) y el despacho ordinario de los asuntos. De cualquier modo, una correcta gestión del proceso desde un momento inicial debería repercutir de forma favorable en el conjunto de la carga de trabajo del órgano judicial.

La gestión formal puede ayudar a la eficiencia, pero exige un trabajo activo y creativo que el titular del órgano judicial debe asumir.[76] La existencia de una regulación completa «en defecto de» permitiría que el proceso se desarrolle normalmente en aquellos casos en los que no sea razonable invertir recursos en la propia gestión, en los que la indeseable «burocratización» de su labor lleve al juez a no cumplir con sus funciones o en los que el deficiente funcionamiento de la oficina judicial se lo impida.

7.4. *De lege ferenda*: la gestión material del proceso

Como se ha dicho, la finalidad principal de la gestión material es la obtención de una sentencia que tutele eficiente y efectivamente los derechos de los justiciables. Partiendo de los poderes de gestión material ya atribuidos al juez en la LEC, es razonable potenciar la función que tiene de aclarar y delimitar con las partes el objeto del proceso (art. 414 LEC). En concreto, incorporar el deber de que aclare con las partes la perspectiva desde la que debe abordarse el caso —*Gesichtspunkte*—.

Aunque los litigantes tendrán la libertad —*rectius*, el derecho fundamental y la carga— de desplegar la defensa que quieran, la determinación inicial de la perspectiva que el tribunal pretende adoptar les permitirá conocer aquellos puntos en los que es más eficiente invertir sus esfuerzos procesales. Además, la determinación de la perspectiva —que no supone adelantar juicios de hecho o Derecho— aumenta la previsibilidad del resultado de la sentencia, lo que potencia un acuerdo entre las partes o

---

75. En relación con el fundamento de la preclusión procesal, VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 103-123.

76. ZUCKERMAN, A., «Court Case Management», *op. cit.*, pp. 3, 5; BIAVATI, P., «Is flexibility a way to the harmonization», *op. cit.*, pp. 100, 104.

la aceptación del resultado del juicio. Esta determinación deberá hacerse expresamente siempre que no sea evidente para los litigantes. Y, aunque no es lógico que el juez esté vinculado a la ya fijada, debe hacer a las partes partícipes de su cambio de perspectiva —*v.gr.* por la existencia de un nuevo criterio jurisprudencial—.

La determinación de la perspectiva se llevaría a cabo después de la presentación de los escritos de alegaciones de las partes y no debería llevar en ningún caso a una modulación de la prohibición del cambio de la demanda o de la contestación de la demanda. La perspectiva judicial podrá influir, en su caso, en la proposición y la práctica de la prueba llevada a cabo por las partes. Esto, más que un riesgo, sería un resultado positivo de la función de gestión. Los litigantes adecuarán su defensa e invertirán sus esfuerzos —desde luego, si así lo estiman— de manera eficiente. Siempre, y debe insistirse en ello, en el marco de la defensa que ya han diseñado en sus escritos de alegaciones.

7.5. La naturaleza del Derecho material aplicable y la intervención directa de las partes como criterios para configurar el alcance de las funciones judiciales de asistencia y monitorización

Por otro lado, están aquellas funciones de asistencia o monitorización identificadas en los estándares europeos y nacionales: el aviso sobre la insuficiente alegación de los hechos, sobre la insuficiencia probatoria y, excepcionalmente, la práctica de la prueba de oficio.

En la medida en que el aviso sobre la insuficiencia probatoria está ya contemplado en nuestro ordenamiento (art. 429.1 LEC), es más que suficiente con dar criterios técnicos y claros que guíen su aplicación. Como se ha dicho, esta norma incorpora un poder/deber que no es excepcional y que no ha sido suprimida en las numerosas reformas que ha sufrido la LEC.

En este sentido, la naturaleza del Derecho material aplicable al fondo del asunto es un criterio que permite delimitar su alcance en la práctica. Esta es una pauta técnica que restringe esta función judicial de aviso a casos muy concretos y que es congruente con la naturaleza instrumental del proceso.

En este punto debe señalarse que desde hace tiempo existe una aproximación intelectual al fenómeno procesal que consiste en una separación absoluta entre el Derecho procesal y material —*Das Trennungsdogma*—.[77] Es un pensamiento o

77. KONZEN, H., *Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien*, Dunker and Humblot, Berlin, 1976, pp. 19-23, 173, 331-336.

dogma de la separación erróneo que falsea el análisis de la función que ambos desempeñan en el proceso y, por tanto, que impide un entendimiento real de lo que es su *función instrumental*.[78]

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

En esta necesaria superación del dogma de la separación y en el entendimiento de lo que es la función instrumental del proceso, la distinta naturaleza del Derecho material aplicable —dispositivo, imperativo o de orden público— puede influir en el alcance de los distintos principios jurídico-técnicos que funcionan a modo reflejo. No se trata de reconfigurar los principios, sino de entenderlos como lo que son.[79]

El negocio jurídico está construido sobre el dogma de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, en una economía de contratación en masa como la actual, los mecanismos de justicia contractual que operan en el Derecho privado se adaptan a esta nueva realidad. Se supera el dogma de la autonomía de la voluntad formal que inspira un código del s. XIX y se incorporan herramientas tuitivas frente al poder económico. Esto se concreta en la exigencia de una autonomía de la voluntad material que aumente la libertad y el conocimiento exigibles para que los pactos sean válidos. En la imposición de un determinado contenido negocial al configurar las normas que lo regulan como imperativas o de orden público y, por tanto, excluyendo la eficacia de la autonomía de la voluntad en relación con la ley aplicable (art. 6.2 CC).[80] O, directamente, controlando el contenido del negocio. Se reconfiguran así las valoraciones sobre las que se construyen determinados sectores del ordenamiento. Este cambio del Derecho material se refleja y prolonga en el proceso, del cual no es más que instrumento.

La superación del dogma de la separación permite entender la naturaleza instrumental del proceso y, con ella, el progresivo *proceso de materialización* en el que

---

78. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, *op. cit.*, pp. 28-29.

79. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, *op. cit.*, pp. 268-272.

80. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos» en *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 4, 1956, p. 1153.

el Derecho procesal se convierte en un instrumento más para la realización de los intereses jurídicamente protegidos por la norma material.[81]

En este sentido, la función —el deber, pues es un poder reglado— de avisar sobre la insuficiencia probatoria del artículo 429.1 LEC debería circunscribirse a aquellos procesos en los que se pretenda la tutela de un derecho o interés *privado* y *disponible* regulado por normas de *orden público*.[82] Se trata de un criterio técnico que tiene en cuenta la naturaleza instrumental del proceso y que prolonga a través de la monitorización judicial las funciones tuitivas que se incorporan al Derecho material y que por *su naturaleza de orden público vinculan al juez* en el desempeño de su función.

Su incumplimiento, como en el ordenamiento alemán, debería modular la posibilidad de proponer y practicar prueba en la segunda instancia (*vid. supra*). En cualquier caso, debe subrayarse que la alegación y la prueba de los hechos seguiría siendo carga de las partes. El deber de aviso no supone un cambio en la distribución de las cargas y las funciones que derivan del principio de aportación de parte tal como lo entendemos, sino la imposición de un deber judicial de asistencia en su cumplimiento.

> De esta manera, el principio dispositivo con sus distintas manifestaciones quedaría totalmente invariable como reflejo directo del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso (art. 1255 CC).[83] La naturaleza tuitiva y de orden público de las normas materiales aplicables reconfiguraría el alcance del principio de aportación de parte.[84] No es ningún problema serio si se entiende que, «dentro de cierto marco general, son las opciones sobre algunos puntos […] las que perfilan el alcance de los principios jurídico-técnicos y no estos lo que determinan (debería determinar) estas opciones».[85]

El resto de las funciones de aviso —*v.gr*. la insuficiente alegación de los hechos— o, excepcionalmente, la práctica de la prueba de oficio solo debería operar en aquellos procesos en los que alguna parte intervenga sin estar asistida por abogado y

---

81. KEHRBERGER, R. F., *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts*, Mohr Siebeck, Tubingen, 2019.

82. SAENGER, I., «Case Management», *op. cit.*, pp. 22-23.

83. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, *op. cit.*, pp. 268-272.

84. De hecho, la distinción doctrinal entre el principio dispositivo —*Dispositionsmaxime*— y de aportación de parte —*Verhandlungsmaxime*— fue necesaria para explicar la nueva configuración del «juez activo» de Klein. La diferenciación conceptual permite separar el poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso de la iniciativa probatoria y la fijación de los hechos. En este sentido, OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany, Switzerland and Austria», *op. cit*., pp. 297-298.

85. DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez*, *op. cit.*, p. 43.

en los que las normas materiales aplicables al fondo del asunto tengan la naturaleza de orden público.

El Derecho procesal civil europeo evoluciona de forma clara hacia un proceso en el que no es preceptiva la intervención de abogados y procuradores. La progresiva armonización procesal en la UE apunta en este sentido. Una tutela judicial efectiva —*v.gr.* en asuntos de escasa cuantía en los que es económicamente inviable la intervención de profesionales— y una concepción coherente de la administración de justicia como servicio público cercano al ciudadano también debería conducir a ello.[86]

La realidad demuestra que el proceso civil no está hecho para que intervengan los individuos directamente. No se trata solo de cambiar las reglas de intervención preceptiva, sino de adaptar todo el sistema a un modelo nuevo. Más allá de la posibilidad de interponer una demanda sucinta conforme al modelo aprobado por el CGPJ, no hay ninguna adaptación del proceso cuando el ciudadano interviene directamente. El ordenamiento procesal está construido sobre la cultura de «un proceso de abogados» que el mismo ha implantado y perpetúa. Un modelo, que con independencia de la valoración que de él se tenga, parece que está progresivamente desfasado con Europa.

En esta dirección deberían regularse las funciones materiales de asistencia y monitorización que se identifican. En nuestra cultura jurídica solo sería aceptable que el órgano judicial asista activamente a la parte en el cumplimiento de *sus* cargas procesales en los casos en los que actúa por el mismo y en los que deben aplicase normas de orden público. Si el conjunto de cargas procesales que integran el principio de aportación de parte se justifica técnicamente por la intervención de abogados (Exposición de Motivos IV LEC), la intervención directa de los justiciables justificaría la monitorización y la colaboración del juez en su cumplimiento. Cambiar las reglas de intervención preceptiva impone necesariamente reconfigurar el peso de las cargas. Lo contrario sería admitir la posible indefensión del individuo que debe soportar cargas diseñadas técnicamente para que sean cumplidas por profesionales —y no por un lego en Derecho—.

En este sentido, la naturaleza del Derecho material aplicable y la intervención directa del justiciable en el proceso son criterios técnicos que permitirían fijar el contenido, el alcance y los límites de las funciones judiciales de monitorización y asistencia del juez.

---

86. Debe recordarse que el aumento de los 900 € inicialmente previstos en la LEC para fijar cuándo es preceptiva la intervención de abogado a 2000 € fue una consecuencia de la incorporación del proceso europeo de escasa cuantía. Se trata de un típico caso de armonización indirecta en el que el Derecho procesal europeo repercute en asuntos meramente internos. En relación con ello, GASCÓN INCHAUSTI, F., «El diablo está en los detalles», *op. cit.*, pp. 288.

8. Conclusiones

Se identifica una clara tendencia a nivel europeo a ampliar las funciones judiciales de gestión formal y material del proceso. La finalidad de estos poderes es conseguir la tutela judicial *efectiva* de los derechos materiales del individuo y la eficiencia del proceso, entendida como la inversión proporcional de tiempo y recursos en su resolución. Se trata así de mantener un equilibrio racional entre el fin institucional del proceso y los medios que se invierten en ello.

La gestión del proceso necesita de un procedimiento flexible. Este se consigue incorporando en el propio sistema normas procesales dispositivas, flexibles, abiertas y conceptos jurídicos indeterminados. La discrecionalidad asociada a la flexibilidad impone una regulación detallada del contenido, la finalidad y los límites de la gestión procesal como función judicial.

La gestión del procedimiento vinculada a un principio de cooperación dota de eficacia procesal a la autonomía de la voluntad de las partes. Es una perspectiva coherente con la naturaleza del objeto del proceso y que, además, potencia el atractivo de la jurisdicción estatal frente a otros sistemas extrajudiciales de resolución de controversias como el arbitraje o la mediación.

En relación con los estándares europeos identificados, en el proceso civil español se observa un déficit en la flexibilidad de las fases y los plazos procesales. En relación con ello, se propone dotar de mayor flexibilidad al juicio ordinario y verbal regulado en la LEC y de potenciar las funciones de gestión material ya contempladas.

En cuanto a las funciones de asistencia y monitorización judicial identificadas, se propone que sea la naturaleza del Derecho material aplicable y la intervención directa de los individuos en el proceso aquellos criterios técnicos que configuren su alcance.

La realidad demuestra que la convergencia del proceso civil con los estándares europeos identificados dependerá en última instancia de si esta se afronta como un deber, oportunidad o pretexto para el legislador nacional.[87]

9. Bibliografía

BANACLOCHE PALAO, J., *et al*., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2009.

87. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo*, *op. cit.*, pp. 125-138.

BIAVATI, P., «Is flexibility a way to the harmonization of civil procedural law in Europe» en CARPI, F., LUPOI, M. A. (eds.), *Essays on transnational and comparative civil procedure*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2001.

DE LA OLIVA SANTOS, A., «El papel y los poderes del juez en el proceso civil», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Valencia, junio 7/2010.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez en el proceso civil. Frente a ideología, prudentia iuris*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *et al*., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos» en *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 4, 1956.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «El diablo está en los detalles: la importancia de las normas procedimentales para el legislador procesal europeo» en HERRERO PEREZAGUA, J. F., LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (dirs.), *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Atelier, Barcelona, 2020.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las European Rules of Civil Procedure ¿Un punto de partida para la armonización del proceso civil?, *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, Vol. 13, Nº 1 [Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5960].

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil. Materiales para el estudio* [Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/62238/].

GASCÓN INCHAUSTI, F., HESS, B. (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020.

HESS, B. «Judicial discretion» en STORME, M., HESS, B. (eds.), *Discretionary power of the judge: limits and control*, Kluwer, Mechelen, 2003.

JAUERNIG, O., HESS, B., *Manual de Derecho procesal civil* (Trad. ROIG MOLÉS, E.), Marcial Pons, Madrid, 2015.

KEHRBERGER, R. F., *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts*, Mohr Siebeck, Tubingen, 2019.

KONZEN, H., *Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien*, Dunker and Humblot, Berlin, 1976.

MUSIELAK, VOIT, *ZPO*, Franz Vahlen, 17ª ed., München, 2020.

OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany, Switzerland and Austria» en VAN RHEE, C. H. (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia, 2005.

PEÑA ADASME, A., *La flexibilidad del procedimiento civil. Una reconstrucción teórica*, 2018 [Disponible en: https://repositori.upf.edu/handle/10230/36318?locale-attribute=es].

SAENGER, I., «Case Management in Germany» en GOTTWALD, P. (ed.), *Litigation in England and Germany*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 2010.

SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2022.

SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid, 2022 (tesis doctoral inédita).

STEIN-JONAS, ZPO, Mohr Siebeck, 22ª ed., Tübingen, 2005.

VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2004.

VAN RHEE, C. H., «The development of civil procedural law in twentieth-century Europe: From party autonomy to judicial case management and efficiency» en VAN RHEE, C. H. (ed.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008.

VON BULÖW, O., «Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung», *ACP*, 64, 1881.

VV.AA., *Münchener Kommentar zur ZPO. Band 1*¸ C. H. Beck, München, 6ª ed., 2020.

WAGNER, G., *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.

ZUCKERMAN, A., «Court Case Management in England under the Civil Procedure Rules 1998» en GOTTWALD, P. (ed.), *Litigation in England and Germany*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 2010.

Capítulo 3 | Asistencia de letrado y facultades de autodefensa: ¿menos abogados?

*Ignacio José Cubillo López**

SUMARIO. 1. PLANTEAMIENTO Y OBJETIVOS DEL PRESENTE TRABAJO. 2. PUNTO DE PARTIDA, LA SITUACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE AUTODEFENSA EN EL CONTEXTO EUROPEO: 2.1. Régimen interno de autodefensa en juicio y consecuencias económicas; 2.2. El contraste con lo que sucede en otros países de la UE. 3. ¿EXISTE UN DERECHO FUNDAMENTAL EUROPEO A LA AUTODEFENSA?: 3.1. La autodefensa en el art. 47 de la CDFUE y en el art. 6.3 del CEDH; 3.2. La posición del TEDH (y del CDH) sobre la autodefensa, y su aplicación al proceso civil. 4. ENSEÑANZAS DE LOS REGLAMENTOS EUROPEOS ACERCA DE LA AUTODEFENSA: 4.1. La autodefensa en el Reglamento del proceso europeo de escasa cuantía; 4.2. La autodefensa en el Reglamento del proceso monitorio europeo. 5. INICIATIVAS PRELEGISLATIVAS EUROPEAS CON NORMAS SOBRE AUTODEFENSA: 5.1. La Propuesta de Directiva de 2017 sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la UE; 5.2. Las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil de 2020 (ELI/UNIDROIT). 6. CLAVES PARA UNA REFORMA DE NUESTRO RÉGIMEN DE AUTODEFENSA, CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. 7. BIBLIOGRAFÍA

1. Planteamiento y objetivos del presente trabajo

El presente trabajo tiene como objeto analizar si resulta razonable o conveniente introducir en nuestro proceso civil más facultades de *autodefensa*, pues, como es sabido, el ámbito de actuación procesal de los justiciables por cuenta propia, sin la asistencia de abogado ni la representación de procurador, es en nuestro Ordenamiento sumamente limitado. Con ello, se persigue examinar si en este punto nuestro proceso civil puede ser más convergente con los modelos y estándares que cabe apreciar tanto en otros Estados de la UE como en normas —o propuestas normativas— provenientes de instituciones europeas.

Para lo anterior, partiremos de la regulación española sobre la asistencia letrada preceptiva, y de los problemas y dudas que suscita, puesta en contraste con lo que

*. Profesor Titular de Derecho Procesal – Universidad de Córdoba.

sucede en los demás países de la UE. A continuación, reflexionaremos sobre si existe un genuino *derecho* a la defensa en juicio por uno mismo, que tenga carácter de *derecho fundamental* derivado de los textos internacionales que consagran derechos fundamentales procesales, como el art. 47 CDFUE y —antes— el art. 6.3 c) del CEDH; y, consecuentemente, sobre en qué medida tal derecho puede ser afectado o limitado por los Estados.

Después, nuestra mirada se centrará en las normas europeas que establecen procesos civiles caracterizados precisamente por poder acudir a ellos sin abogado ni representante procesal, como son los conocidos Reglamentos reguladores del proceso monitorio europeo (RPME) y del proceso europeo de escasa cuantía (RPEEC), a fin de comprobar qué ventajas o dificultades presentan en la práctica y de qué forma suponen una experiencia útil para ampliar los márgenes de autodefensa en nuestros procesos internos.

Junto a las anteriores normas vigentes y aplicables, interesa estudiar qué se indica sobre el derecho a la asistencia letrada y a la autodefensa en algunas iniciativas prelegislativas, que en la actualidad son objeto de debate y reflexión, y cuyas disposiciones podrían acabar convirtiéndose en auténticas normas europeas, como son, de una parte, la propuesta de Directiva de 2017 sobre *normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea*[1], y de otra parte, las *Model European Rules of Civil Procedure*, aprobadas en 2020 por el European Law Institute (ELI) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)[2]. Ambos textos contienen preceptos específicos acerca de esta materia y ofrecen una serie de parámetros sobre lo que parece razonable y deseable para los ordenamientos procesales civiles europeos.

A la vista de las normas existentes y de las iniciativas prelegislativas que nos vienen desde Europa, abordaremos si conviene —y en qué medida— ensanchar las posibilidades de ejercer la autodefensa en los procesos civiles sustanciados en España, trasladando a nuestra ley procesal algunas de las soluciones apuntadas desde instancias europeas. Esto último conlleva definir no solo cuál podría ser el ámbito válido de ejercicio del derecho de defensa por los propios litigantes, en función de cuál sea la cuantía o la materia del proceso, o la instancia por la que atraviese, sino también los requisitos y las cautelas a que estaría sometido el derecho de autodefensa, los complementos que serían precisos, y qué repercusión tendría en otras piezas del sistema,

---

1. Cfr. Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0282_ES.html#title1

2. Cfr. ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf

como son las costas —si se incluyen o no los honorarios de abogados cuyo empleo no sea preceptivo— o el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

2. Punto de partida, la situación española en materia de autodefensa en el contexto europeo

2.1. Régimen interno de autodefensa en juicio y consecuencias económicas

Es conocido que, en nuestro Ordenamiento, las posibilidades de que un litigante sea parte de un proceso civil sin contar con un profesional de la justicia que le represente o asista son muy reducidas.

De un lado, se parte de la regla general, muy escasamente exceptuada, de que «*la comparecencia en juicio será por medio de procurador… habilitado para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del juicio*» (art. 23.1 LEC). De modo que tanto la presentación de escritos ante el tribunal, como la recepción de las comunicaciones que el órgano judicial dirige a la parte, así como la propia comparecencia en las actuaciones, no se realizan directamente por el justiciable —en la mayor parte de los casos— sino que son efectuados a través de este representante procesal. El litigante de un proceso civil únicamente puede actuar por sí solo en los contados supuestos que recoge el art. 23.2 LEC y que recordamos ahora:

1º) En los juicios verbales determinados por razón de la cuantía, cuando esta no supere los 2.000 euros. *2º)* Para las peticiones de proceso monitorio de cualquier cuantía. *3º)* En los juicios universales, cuando la comparecencia se limite a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a juntas (como puede ser, por ejemplo, la junta para nombrar contador y peritos, en los procesos para la división judicial de la herencia[3]). *4º)* En los incidentes debidos a la impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita (que se regulan en el art. 20 LAJG). Y *5º)* en las solicitudes de medidas urgentes previas al proceso (como las peticiones de medidas provisionales anteriores a un proceso matrimonial, de conformidad con el art. 771 LEC).

---

3. Según los arts. 783 y 784 LEC, iniciado el proceso de división judicial de la herencia, y practicadas —cuando hayan sido precisas— las actuaciones para la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a una Junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente, más a los acreedores de los herederos que estuvieren personados en el proceso, con el fin de que designen un contador que realice las operaciones divisorias y uno o varios peritos que se ocupen del avalúo de los bienes. Y se entiende que a esta junta podrán comparecer los interesados por sí mismos, sin necesidad de hacerlo mediante procurador.

De otro lado, junto a la representación procesal del procurador, también se exige la asistencia técnica de un letrado para la generalidad de las actuaciones procesales civiles, ya que, como regla, «*Los litigantes serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. No podrá proveerse ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado*» (art. 31.1 LEC). Las excepciones a esta regla son igualmente limitadas y se prevén en el art. 31.2 LEC, que —de modo paralelo al art. 23.2 LEC— dispone que no se precisa abogado en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando esta sea inferior a 2.000 euros, ni para las peticiones iniciales de procesos monitorios, ni en las solicitudes de medidas urgentes anteriores al proceso; tampoco en los incidentes de impugnación de resoluciones de asistencia jurídica gratuita (pues, aunque no se señale expresamente en el art. 31.2 LEC, así se indica en el art. 20.1 II LAJG y tiene la misma lógica que en el art. 23.2.3º LEC); y tampoco requerirán la firma de abogado los escritos de personación de la parte en el proceso, ni aquellos para pedir la suspensión urgente de una vista, salvo que el motivo guarde relación con el letrado, en cuyo caso también deberá firmar él la petición.

Por tanto, en nuestra jurisdicción civil, el ámbito válido de actuación procesal por el propio litigante es muy limitado, pues todos los juicios ordinarios, todos los juicios verbales por razón de la materia y todos los procesos especiales (con la salvedad de lo indicado respecto del proceso monitorio y de los juicios universales) requieren preceptivamente la asistencia letrada y la representación procesal del procurador, y esto además en todas las instancias; de suerte que sustancialmente la autodefensa solo está permitida en el reducido espectro de los juicios verbales a los que se acude por razón de la cuantía (según el art. 250.2 LEC), cuando la suma completa del litigio —calculada conforme a las reglas de los arts. 251 y 252 LEC— no exceda de 2.000 euros. Lo cual es ciertamente restringido y dista de ser acorde con lo que sucede en la mayoría de los Estados de la UE, como veremos enseguida.

La cantidad que actúa como límite para el ejercicio de la autodefensa en nuestro proceso civil fue reformada, como es sabido, por la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la LEC, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía. Esta ley elevó de 900 a 2.000 euros la cuantía de los juicios verbales en los que cabe litigar sin abogado ni procurador, de forma que coincidiese con el límite cuantitativo de las demandas del proceso europeo de escasa cuantía, el cual se preveía, según la redacción originaria del art. 2.1 RPEEC (de 2007), para asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil cuyo valor económico «*excluidos los intereses, gastos y costas, no rebase los 2.000 EUR*». Y dado que en este procedimiento: «*No se exigirá que las partes estén representadas por un abogado ni por cualquier otro profesional del Derecho*» (art. 10 RPEEC), la reforma de la LEC de 2011 buscaba que el régimen de los procesos transfronterizos

no fuese más favorable en este aspecto que el de los procesos internos[4]. Sin embargo, el Reglamento (UE) 2015/2421, de 16 de diciembre, por el que se modifican el RPEEC y el RPME, ascendió hasta 5.000 euros la cuantía de las demandas que pueden ventilarse por el PEEC, reformando en este sentido el art. 2.1 RPEEC; sin que en nuestro Ordenamiento se haya producido una modificación consecuente de la suma de los litigios en los que puede actuarse sin la asistencia ni la representación de un profesional de la justicia.

Es más, en la reforma de la LEC que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria (el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, núm. 121/000097, de 22 de abril de 2022), no se contempla una modificación de los arts. 23.2.1º y 31.2.1º LEC, que amplíe el margen de los procesos en que los litigantes puedan comparecer y defenderse por sí mismos; y esto a pesar de que se proyecta una reforma del art. 250.2 LEC, según la cual el ámbito de los juicios verbales determinados por razón de la cuantía alcanzará a las demandas de hasta 15.000 euros (cfr. art. 44 del cit. Proyecto de Ley).

En los juicios verbales en que no se actúa con abogado y procurador, el actor podrá formular una demanda sucinta, en la que consigne la identificación y la localización de las partes —a efectos de notificaciones— y donde señale con claridad qué es lo que pide y en qué hechos fundamentales se apoya, sin que se requiera un desarrollo completo de sus fundamentos fácticos ni que alegue fundamentos jurídicos; y para ello, el art. 437.1 LEC establece que podrá «*cumplimentar unos impresos normalizados que se hallarán a su disposición en el órgano judicial correspondiente*». Además, en algunas sedes judiciales electrónicas figuran formularios para esta clase de demandas, que pueden cumplimentarse en línea y que en algunos de sus apartados incorporan un desplegable con varias opciones, a fin de que se pueda precisar mejor la pretensión que se ejercita (así, por ejemplo, para calificar o atribuir una naturaleza jurídica a la relación entre las partes que ha dado origen a la controversia, o para concretar al menos la parcela del derecho privado que resulta afectada).

No obstante, debe reconocerse que nuestro sistema procesal civil no cuenta, por el momento, con unos buenos formularios o impresos normalizados, que incluyan las explicaciones o las aclaraciones suficientes para que puedan cumplimentarse por cualquier litigante sin formación jurídica; en ocasiones, ni contienen la información necesaria ni en sus campos se despliegan distintas opciones de suerte que se facilitase cumplimentarlos y concretar más la acción que se entabla. En este sentido, sirven de contraste los formularios de demanda del PEEC y del PME (según veremos *infra*). Y tampoco nuestro Ordenamiento recoge normas que establezcan deberes

4. Cfr. Exposición de motivos, núm. IV, de la Ley 4/2011, de 24 de marzo.

de asistencia o de apoyo, por parte de los órganos judiciales o de otros organismos, a quien desea litigar por cuenta propia, como se hace en el art. 11 RPEEC (y también veremos después).

Por otra parte, en los limitados supuestos en que no resulta preceptiva la intervención de abogado y procurador, los litigantes podrán acudir al proceso sirviéndose de estos profesionales —de uno de ellos o de los dos— según determina el art. 32 LEC, precepto que establece al respecto tres cuestiones, que entendemos relevantes para perfilar acabadamente nuestro régimen de autodefensa.

1ª) La parte que quiera litigar con abogado o con procurador sin ser obligatorio, habrá de advertirlo a la parte contraria en su escrito inicial de alegaciones a fin de respetar el *principio de igualdad*, dando al rival la oportunidad de que también contrate a estos profesionales si lo desea. El actor que se valga de defensor o de procurador desde el inicio deberá indicarlo en la demanda; y el demandado podrá manifestar su voluntad de hacer lo mismo, comunicándolo al tribunal en los tres días siguientes a la recepción de la demanda. Si el actor actúa por sí mismo y el demandado en cambio quiere valerse de abogado y/o procurador, tendrá que comunicarlo al tribunal en el mismo plazo, para que dé cuenta al actor y este nombre —si quiere— a dichos profesionales.

2ª) Las partes tienen derecho a la *asistencia jurídica gratuita* —que incluye la designación de abogado y procurador de oficio— aun cuando la asistencia de estos profesionales no sea preceptiva, pero solo en los casos en que «*su intervención sea expresamente requerida por el juzgado o tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso*», según el art. 6.3.a) LAJG, al que se remite el art. 32.4 LEC. Esto significa que si el actor se sirve de dichos profesionales y el demandado carece de medios económicos para hacerlo (conforme a los parámetros de la LAJG: cfr. art. 3), el demandado podrá solicitar el reconocimiento de tal derecho, en el plazo de tres días desde la notificación de la demanda; y en este caso, podrá acordarse la suspensión del proceso hasta que se resuelva la solicitud o hasta que se nombren provisionalmente a esos profesionales de oficio (art. 32.2 LEC). Y también que el actor podrá pedir la asistencia gratuita de estos profesionales si su solicitud es a consecuencia de que el demandado va a utilizarlos —y él no tiene recursos— (art. 32.3 LEC); pero no parece que pueda hacerlo de partida, es decir, sin saber aún si el demandado se valdrá de abogado o procurador no siendo obligatorio, al no responder a una razón de igualdad. Esto es lo que se deduce del silencio del art. 32.1 LEC al respecto, así como del citado art. 6.3.a) LAJG, y supone una clara limitación de las posibilidades de que se reconozca la asistencia jurídica gratuita en caso de autodefensa.

3ª) La regla general que se establece en el art. 32.5 LEC —en línea con el art. 241.1.1º LEC— es el carácter *no reembolsable* de los gastos de abogado y procurador cuando su intervención en el proceso no es preceptiva. En estos casos, los honorarios debidos a estos profesionales no se incluirán entre las costas salvo en dos supuestos muy concretos y de alcance limitado: que el condenado en costas haya actuado con temeridad; y que la parte no esté domiciliada en el lugar donde se sustancia el proceso[5]. Esta segunda excepción obedece a un dato objetivo y previsible; pero la temeridad ha de ser apreciada por el tribunal en el momento de imponer las costas, al final de la instancia, por lo que el litigante que quiera servirse de abogado y de procurador —y que tenga su domicilio en el lugar del proceso— de inicio tendrá muy poca seguridad de poder recuperar el gasto que le suponga emplear estos profesionales cuando no sea obligatorio.

Por lo tanto, nuestro Ordenamiento es poco favorecedor de que se acuda al proceso asistido de profesionales si no resulta obligatorio, ya que quien lo haga asume el riesgo de tener que financiar ese gasto en la mayor parte de las ocasiones; pues no solo el litigante que carece de recursos tiene difícil que se le nombre abogado y procurador de oficio, a menos que esté en juego la igualdad de partes, sino que, además, la parte que pague su propia defensa y representación y que obtenga la condena en costas del contrario, no verá incluido tal desembolso en las costas, salvo en los dos supuestos excepcionales recién mencionados. De este modo, al reducido ámbito en el que se permite la autodefensa, se une un régimen poco proclive al empleo de profesionales del Derecho de manera voluntaria. Por ello, a la hora de plantearnos una ampliación de los márgenes de actuación procesal por el solo litigante debe pensarse igualmente en incrementar las posibilidades de que quien utilice asistencia letrada o técnica sin ser preceptivo, pueda repercutir este gasto al rival, al menos cuando gane el pleito enteramente y haya condena en costas; o antes y también, en que pueda obtenerse el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita —cumpliéndose los requisitos económicos de los que dependa— al margen de si es obligatorio o no acudir al proceso mediante profesionales (o no solo cuando sea para garantizar la igualdad procesal). Y en esta línea se manifiestan algunas iniciativas prelegislativas europeas, como tendremos ocasión de examinar *infra*.

Lo que se acaba de apuntar es predicable directamente de los juicios verbales por razón de la cuantía cuando esta es inferior a 2.000 euros. Pero cabe señalar algo similar —aumentándose incluso las dudas y dificultades— respecto del otro grupo numeroso de actuaciones en que no se requiere abogado ni procurador: las peti-

5. En estos supuestos operará el límite cuantitativo al que se refiere el art. 394.3 LEC, es decir, que el gasto recuperable de defensa y representación no preceptivas no podrá exceder de la tercera parte de la cuantía del proceso, según el mismo art. 32.5 LEC.

ciones iniciales de procedimiento monitorio[6]. El acreedor puede presentar por sí mismo su solicitud de cualquier cuantía, sirviéndose de los formularios existentes, que tienen el mismo problema que los propios del juicio verbal: su excesiva sencillez y parquedad a la hora de proporcionar información que sirva para cumplimentarlos de forma adecuada. Piénsese en la importancia que tiene en estos procedimientos determinar correctamente el órgano judicial competente, o acompañar la solicitud de los documentos legalmente admitidos, o saber con precisión qué clase de obligaciones son reclamables por esta vía y cuáles no, etc. Sin que tampoco existan para estos procesos órganos u organismos a los que quepa acudir con claridad en busca de apoyo o asistencia para resolver esas dudas. La parte que lo desee podrá valerse de abogado o procurador para formular su petición, aunque esto haya planteado ciertos interrogantes en la práctica[7]; pero en todo caso se encontrará con los problemas relativos a la financiación a que hemos aludido, con alguna dificultad añadida. Así:

— De un lado, el acreedor que presenta su solicitud de monitorio no podrá pedir de inicio la asistencia jurídica gratuita, al no ser preceptiva la intervención de abogado y procurador, y al no servir para garantizar la igualdad de las partes en el proceso (art. 6.3 LAJG)[8]; si después el deudor se opone al requerimiento de

---

6. Es bien sabido que en estos procesos no se exige postulación preceptiva para la solicitud inicial ni para el trámite de admisión, ni tampoco para el eventual incidente de abusividad; pero sí se requerirá la firma de letrado y la representación de procurador para el escrito de oposición conforme a las reglas generales, es decir, cuando la reclamación sea de cuantía superior a 2.000 euros (art. 818.1 II LEC).

7. De esta cuestión —y de otras derivadas de la falta de postulación preceptiva en el monitorio— se ha ocupado con detalle Achón Bruñén, M. J., en «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* nº 119, 2016, p. 1-14. La autora se refiere a dos supuestos distintos de intervención voluntaria de profesionales: que la solicitud de monitorio se formule solo con procurador; y que se haga solo con abogado (pp. 2-4). En el primer caso, no ve inconveniente —y nosotros tampoco— a que el procurador ejerza su función de representante procesal de la parte, aun no siendo obligatorio, tal como se permite en el art. 32.1 LEC. Pero en segundo lugar se refiere al caso conflictivo de que la petición de monitorio se presente por un abogado apoderado por el representante legal de una sociedad, pues en estos casos hay jurisprudencia favorable (cfr. nota 3, p. 11), basada en que se trata de un fenómeno de representación voluntaria, otorgada por quien ostenta la representación legal de la entidad, conforme al art. 249.1 LSC, y que sería suficiente a los efectos del art. 7.4 LEC; y hay jurisprudencia en contra (cfr. nota 5, p. 11), partidaria, sustancialmente, de que la representación en juicio no puede ejercerse por cualquier representante voluntario sino tan solo por los profesionales a quienes el Ordenamiento atribuye esta función en exclusiva (arts. 543.1 LOPJ y 23 LEC), sea la parte una persona física o sea una persona jurídica, y sea un caso de representación procesal preceptiva o voluntaria; y Achón Bruñén se alinea con esta segunda postura. Nosotros estamos de acuerdo con la autora citada, pero nada obsta —según el mismo art. 32.1 LEC— a que un abogado intervenga voluntariamente en un proceso monitorio ejerciendo sus funciones propias de asistencia letrada, y no como representante procesal de la parte, la cual puede comparecer y actuar por sí misma.

8. Por el contrario, el deudor que se oponga a un requerimiento de una cuantía inferior a 2.000 euros, cuando el acreedor se haya servido de profesionales y él no cuente con recursos económicos, sí podrá solicitar la asistencia jurídica gratuita, aplicando *mutatis mutandis* lo dispuesto en el art. 32.2 LEC, unido al art. 6.3 LAJG. Así se pronuncia López Sánchez, J. (en *La regulación del proceso monitorio y su aplicación por los tribunales*, La Ley, Madrid, 2019, pp. 289 y ss.), quien desarrolla cómo entender aplicable el art. 32 LEC en estos supuestos.

pago asistido por estos profesionales, entonces podrá hacer tal petición el acreedor, pues ya entrará en juego la igualdad de partes (o ya será preceptiva la postulación), aunque difiere el tratamiento según se esté ante una deuda del ámbito del juicio ordinario o del juicio verbal.

- Si la deuda supera los 6.000 euros, se otorga al acreedor el plazo de un mes para que formule demanda (art. 818.2 II LEC), durante el cual podrá solicitar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita y la designación de abogado y procurador de oficio, toda vez que la intervención de estos profesionales ya será obligatoria; e incluso podrá pedir que se suspenda dicho plazo hasta que se resuelvan tales solicitudes, de conformidad con el art. 16.1 LAJG. Y no debe pensarse que le será aplicable la preclusión que recoge el art. 8 LAJG, que no puede referirse a la petición inicial de monitorio sino a la demanda en sentido estricto que se quiere presentar ahora[9].
- En cambio, si la deuda no alcanza los 6.000 euros, se archiva el proceso monitorio y el acreedor tendrá un plazo de diez días para impugnar la oposición del deudor (art. 818.2 I LEC), y en este lapso el acreedor podrá pedir la asistencia gratuita, y el abogado y procurador de oficio, con la suspensión de dicho plazo —conforme al art. 16 LAJG— a fin de que el escrito de impugnación sea ya asistido por dichos profesionales (por cuanto el deudor los ha empleado para oponerse). En este caso cabe entender que el momento preclusivo para solicitar la asistencia gratuita (cfr. art. 8 LAJG) lo marcará el escrito de impugnación —y no, nuevamente, la petición de monitorio—, al constituir aquel el auténtico escrito de alegaciones de la parte acreedora[10].

— De otro lado, si un acreedor se sirve de abogado y procurador de su propia elección para formular su petición de monitorio, lo normal será que no recupere ese gasto, pues las normas de este procedimiento no prevén la condena en costas del deudor. Así, *i)* si el deudor paga lo requerido, el art. 817 LEC no le impone las costas; a diferencia del art. 822 LEC, que establece expresamente que las costas sean de cargo del deudor cambiario que atiende el requerimiento de pago. *ii)* Cuando el deudor de un monitorio no paga ni se opone a lo requerido, el art. 816 LEC tampoco señala que deba abonar costas; el acreedor podrá instar la ejecución, en la que ya regirán las reglas del art. 539 LEC,

---

9. En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ (ob. cit., p. 287): «Debe rechazarse que la demanda a la que alude el artículo 8 de la LAJG sea la petición inicial, por lo que tal momento preclusivo lo constituye la demanda que el actor deberá presentar nuevamente, en el supuesto de que el deudor formule oposición».

10. En la misma línea, LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (ob. cit., p. 288): «entiendo que resulta preferible retrasar tal momento preclusivo al escrito de impugnación. A esta solución puede llegarse con una interpretación restrictiva del término `demanda´ que el artículo 8 LAJG emplea, de modo que se excluyese que mediante el mismo se hiciese referencia a los escritos que dan inicio al proceso monitorio».

relativas a la defensa y representación, y a los gastos y costas en este proceso. Sin embargo, *iii)* en caso de oposición del deudor, el acreedor sí será condenado a las costas si después no interpone demanda en el plazo de un mes, tratándose de una reclamación del ámbito del juicio ordinario, pues así lo dispone expresamente el art. 818.2 II LEC, a fin de que abone al deudor los desembolsos que le ha supuesto oponerse y entre ellos los honorarios de los profesionales que han intervenido de forma preceptiva; en cambio, tratándose de una reclamación propia del juicio verbal, el art. 818 LEC no indica cómo se procede cuando el acreedor no evacua en plazo su escrito de impugnación, pero entendemos que aquel puede acabar igualmente haciéndose cargo de las costas[11]. Por todo ello, y aunque se estuviera ante uno de los supuestos del art. 32.5 LEC (temeridad o domicilio distinto del lugar del proceso), no parece aplicable este precepto en el proceso monitorio[12].

2.2. El contraste con lo que sucede en otros países de la UE

Quizá pudiera pensarse que el ámbito que se reconoce a la autodefensa en España en cuanto a los procesos civiles es similar al de otros países de nuestro entorno jurídico, pero nada más lejos de la realidad. Si tomamos como referencia lo que sucede en los demás países de la UE, observamos que la situación al respecto es muy variada[13], pero, en todo caso, son muchos los Estados en los que no se requiere asistencia letrada preceptiva para una gran parte de los procesos civiles. Así, y a efectos expositivos, podemos clasificar a los países de la UE en tres grupos.

---

11. Pensamos que, en estos casos, dado que la oposición provoca que se archive el monitorio y se transforme automáticamente en un juico verbal, habrán de aplicarse las reglas de este proceso; y en este sentido, conforme a la *ratio* del art. 442 LEC, en concordancia con el art. 396 LEC, entendemos que debe darse traslado al deudor para que manifieste si tiene interés legítimo en continuar con el proceso y en que se celebre la vista, de forma que, si no lo tiene, habrá que sobreseer el juicio verbal recién abierto, teniendo por desistido al acreedor, a quien se le impondrán las costas causadas. Recordamos que el art. 442 I LEC dice así: «*Si el demandante no asistiese a la vista, y el demandado no alegare interés legítimo en la continuación del proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo, se tendrá en el acto por desistido a aquél de la demanda, se le impondrán las costas causadas y se le condenará a indemnizar al demandado comparecido, si éste lo solicitare y acreditare los daños y perjuicios sufridos*».

12. ACHÓN BRUÑÉN ha estudiado la operatividad del art. 32.5 LEC en el monitorio, y aunque se muestra favorable a su aplicación, termina reconociendo que el principal problema es que no está prevista la condena en costas para la parte deudora (ob. cit., pp. 8-9).

13. La situación de los distintos Estados de la UE sobre sus normas de representación ante los tribunales (*Rules on Representation before the Court*) se describe con detalle y precisión por GASCÓN INCHAUSTI, F. y REQUEJO ISIDRO, M., en «A Classic Cross-Border Case: the Usual Situation in the First Instance», *An Evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgements and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law (https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/531ef49a-9768-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en)*, pp. 100-106.

— El primer grupo estaría formado por los Estados en los que el margen para la autodefensa es amplísimo, por cuanto no se exige la asistencia ni la representación de un profesional ante los tribunales para *ninguna actuación*, o solo para un ámbito muy reducido de actuaciones, como son los *recursos extraordinarios*, en los que se ventilan cuestiones estrictamente jurídicas y de entidad. De este modo, en 8 de los 27 Estados miembros no es obligatorio acudir con abogado a ningún proceso civil; así sucede en Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Rumanía y Suecia. Y junto a estos, hay otros 7 países en los que no se precisa asistencia letrada preceptiva ni para la primera ni para la segunda instancia (*first instance* y *first appeal*), siendo tan solo necesaria para actuar ante las cortes supremas, para los recursos de casación, o para otra clase de recursos extraordinarios (como la *second appeal*); tal es el caso de Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chequia, Eslovenia, Estonia y Polonia. Por lo tanto, en más de la mitad de los países de la UE (en 15 de los 27), los justiciables pueden actuar y comparecer por sí mismos *en casi todas las actuaciones* del proceso civil. Y en algunos de estos Estados —al menos en cuatro de ellos: Bélgica, Dinamarca, Malta y Suecia— lo anterior se combina con que el juez tendrá la facultad de ordenar a una parte que se sirva de abogado para actuar procesalmente, cuando considere que el litigante no se muestra capaz de defenderse a sí mismo de forma apropiada.

— El segundo grupo de Estados se compondría por aquellos en los que se restringe algo más el ámbito de la autodefensa, permitiéndose *en la primera instancia* de buena parte de los procesos civiles, pero exigiéndose que, cuando el litigio alcance cierta *cuantía*, o del asunto se ocupe un *tipo de tribunal*, al que se acude también por la relevancia de la cuantía o de la materia, se requiera la representación ante los tribunales mediante profesionales. Así ocurre en Austria, en los procesos ante las cortes regionales (*Landgerichte*), para asuntos de más de 15.000 euros; en Francia, donde la generalidad de los asuntos enjuiciados por los tribunales de primera instancia (*tribunaux judiciaires*) pueden sustanciarse con autorrepresentación, pero existen importantes excepciones para determinadas materias en las que se exige asistencia letrada (como en alquileres comerciales, derecho de familia, órdenes de pago y arbitraje); en Alemania, donde se requiere litigar con abogado ante las cortes regionales (*Landgerichte*) y ante los tribunales superiores (*Oberlandesgericht* y *Bundesgerichtshof*), pero no, en cambio, ante las cortes de distrito (*Amtsgerichte*); en Hungría, donde es preceptiva la postulación en todo proceso de primera instancia ante las cortes regionales; y en Holanda, donde resulta igualmente obligatoria la defensa letrada, incluso ante las cortes de distrito, salvo en asuntos que no superen los 25.000 euros (o los 40.000 euros en ventas y créditos de consumo), para los que no se exige postulación preceptiva. De manera que, en unos cuantos países, de gran relevancia política y económica en el seno de la UE, es posible —por lo

general— litigar sin asistencia letrada durante la primera instancia de los procesos sobre litigios de hasta cierta cuantía, que va de 15.000 a 25.000 euros, por ofrecer unas cifras de referencia[14].

— Por último, habría un tercer grupo de Estados miembros —entre los que se encuentra el nuestro— en los que apenas existe margen para la autodefensa, limitándose a los pleitos de escasa cuantía (*small claims*), y requiriéndose por tanto asistencia letrada preceptiva para la generalidad de los asuntos de derecho privado. Así, en Grecia, solo se exceptúan de esa obligatoriedad general los procesos ante los jueces de paz, en casos de escasa cuantía o de peligro inminente; en Luxemburgo, también solo se exceptúan los pleitos ante los jueces de paz o los jueces de lo laboral; y en Italia, donde no existen excepciones, y en todo proceso debe acudirse con abogado.

En definitiva, formamos parte del reducido grupo de Estados de la UE en el que el ámbito para el ejercicio del derecho de defensa por el propio justiciable se encuentra más restringido, alineándonos con otros países mediterráneos, como Grecia e Italia, además de con Luxemburgo. Por tanto, nuestra situación en esta materia, si bien no puede ser calificada de única o de anómala, sí es minoritaria y hay campo para el crecimiento. Por eso nos interesa atender a los estándares y parámetros que se marcan en algunas normas europeas y en ciertas iniciativas prelegislativas que pueden acabar convirtiéndose también en normas europeas.

3. ¿Existe un derecho fundamental europeo a la autodefensa?

3.1. La autodefensa en el art. 47 de la CDFUE y en el art. 6.3 del CEDH

A la hora de fijarnos en qué se señala sobre la autodefensa en las normas europeas, nuestra primera atención se centra en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y en particular en su art. 47, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva. En este precepto, después de reconocerse que toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos y libertades otorgados por el Derecho de la UE (cfr. párrafo I), así como a que su causa sea oída equitativa y públicamente en un plazo razonable por un juez independiente e imparcial (cfr. pá-

14. Nótese que en algunos de estos países —en especial, en Alemania— es frecuente que tanto los sujetos particulares como las empresas cuenten con seguros que cubran la asistencia letrada en general, de manera que, aunque no sea preceptivo acudir a juicio con abogado en primera instancia, en la práctica se termina haciendo, al tener cubierta y asegurada la eventualidad de requerir los servicios de estos profesionales. De este modo, a un ámbito más amplio de posible autodefensa se corresponde aquí un empleo también mayor de asistencia letrada no obligatoria, en la medida en que su empleo no supone un incremento de los costes del proceso de que se trate.

rrafo II), se establece que «*Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar*» (también párrafo II); y se añade que «*Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia*» (párrafo III). La doctrina deduce que este precepto de la CDFUE viene a definir tres derechos, relacionados con el derecho de defensa, y que son: 1º) el derecho a la asistencia letrada, 2º) el derecho a la autodefensa, y 3º) el derecho a la asistencia jurídica gratuita; o, si se quiere, que el derecho fundamental a la defensa en juicio podrá ejercitarse de dos formas distintas, o a través de dos sujetos distintos: bien mediante la asistencia técnica de un abogado, bien directamente por la propia parte, y si esta precisa de un letrado y carece de recursos económicos, en lugar de ser defendida por un abogado de propia elección, tendrá derecho a que le defienda un abogado de oficio[15].

De modo que el art. 47, II CDFUE no consagra expresamente un derecho a la autodefensa, pero cabe deducirlo de su tenor, cuando indica que las partes *podrán* servirse de abogado para la defensa procesal de sus derechos[16]. Lo cual estaría en línea con lo dispuesto en otros textos normativos de carácter internacional que reconocen derechos fundamentales, como sucede singularmente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que, aunque referido al proceso penal, declara de forma más directa que todo acusado tendrá un auténtico derecho «*a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan*»; y con términos muy similares, el art. 14.3, d) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[17].

Ahora bien, aunque tales normas configuren la autodefensa como un derecho, o como una forma válida de ejercicio del derecho de defensa, en ningún caso se trata de un derecho absoluto del justiciable, sino que los Estados podrán limitarlo, estableciendo los supuestos en que se permite y aquellos en que —por el contrario— resulta preceptiva la asistencia letrada (al igual que los casos en que hay de-

---

15. Por todos, Arangüena Fanego, C., en «La efectividad del acceso a la justicia: autodefensa, defensa técnica y asistencia jurídica gratuita», *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 287-332 (y en especial, pp. 302-317).

16. Así, Arangüena Fanego, C. (ob. cit., p. 305): «En efecto, si toda persona *podrá hacerse aconsejar…* es porque dispone de una opción alternativa que no es otra que ser él mismo quien asuma directamente la defensa de sus intereses».

17. Según este precepto, entre los derechos procesales que tiene toda persona acusada de un delito, se encuentra el derecho «*a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo*».

recho a la asistencia jurídica gratuita)[18]. La determinación de cuál ha de ser el margen de los Estados al respecto, si más amplio o si más restrictivo, es importante a fin de calibrar el alcance y la efectividad de este supuesto derecho; es decir, si los Estados gozan de una libertad casi absoluta a la hora de limitar los casos en que cabe defenderse sin abogado, en la práctica se estará anulando la virtualidad del pretendido derecho a la autodefensa. Por eso, interesa examinar qué señala el TEDH sobre la extensión del derecho «*a defenderse por sí mismo*» —que consagra el citado art. 6.3, c) CEDH— y en qué medida puede restringirse por los Estados; pues es sabido que, en virtud del art. 52.3 CDFUE, los derechos reconocidos en esta Carta y que a su vez también se recojan en el CEDH deben recibir al menos la misma protección que les dispensa el Convenio, y en consecuencia les será aplicable la jurisprudencia del TEDH que interpreta y delimita los derechos equivalentes.

3.2. La posición del TEDH (y del CDH) sobre la autodefensa, y su aplicación al proceso civil

Así, y aunque haya sido con relación al acusado de un proceso penal, el TEDH se ha referido a la autodefensa de forma destacada en dos momentos distintos (2001 y 2018), a causa de un mismo caso, repetido en el tiempo: el asunto *Correia de Matos*, un abogado portugués frente al que se abrieron un proceso civil y un proceso penal por los insultos que profirió contra un juez en el curso de una vista; el letrado acusado quiso defenderse a sí mismo y rechazó el nombramiento de un abogado de oficio. Los tribunales portugueses desestimaron su petición y el Sr. Correia de Matos acudió al TEDH por violación de su derecho a la autodefensa, como parte o manifestación del derecho de defensa, según el art. 6.3, c) CEDH. El Tribunal de Estrasburgo primero inadmitió la pretensión del recurrente con respecto a la demanda civil, indicando que el derecho a representarse a sí mismo es una garantía del proceso penal y no del proceso civil (Decisión de 14 de septiembre de 2000); y un tiempo después (Decisión de 15 de noviembre de 2001), acordó igualmente la inadmisibilidad de lo relativo a la causa penal, al entender que no se vulneró el derecho invocado, por ser el Estado a quien corresponde establecer cuándo se puede ejercer la autodefensa, o las formas en que debe ejercitarse el derecho de defensa. Ante esta Decisión, el afectado recurrió ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH), alegando la posible infracción del art. 14.3, d) PIDCP. Este organismo, en cambio, sí apreció en el caso una vulneración del dere-

18. «En tal sentido estos [los Estados] pueden introducir limitaciones atendiendo a las circunstancias del sujeto (formación, conocimiento pleno de las consecuencias derivadas de la autodefensa, etc.), a las particularidades del procedimiento de que se trate (no es igual ante jueces honorarios que técnicos en Derecho, y en primera instancia que en segunda o en casación y que intervenga o no el Ministerio Fiscal) correspondiendo al derecho interno admitir o no la autodefensa (entendida a estos efectos como exclusión de la defensa técnica) siempre que el sistema previsto proporcione una defensa *adecuada* (vid. *caso Artico contra Italia*, de 13 de mayo de 1980; *caso Quaranta contra Suiza*, de 24 de mayo de 1991)» (ARANGÜENA FANEGO, C.: ob. cit., p. 306).

cho a defenderse personalmente, según los términos del último precepto, mediante la Opinión 1123/2002, de 28 de marzo de 2006. Al cabo de unos años, el Sr. Correia de Matos protagonizó unos hechos similares a los primeros y volvió a suscitarse la controversia acerca de si tenía derecho o no a la autodefensa, lo que le llevó a formular una nueva demanda ante el TEDH, el cual resolvió mediante Sentencia de 4 de abril de 2018; en ella, sigue sin reconocerse una violación del art. 6.3, c) CEDH, pero se hace de forma más debatida (con 9 votos a favor y 8 en contra) y más motivada, empleando argumentos en parte distintos a los de 2001. Por el interés que tiene para su aplicación al proceso civil, veamos —aunque sea sintéticamente— cuáles son los principales argumentos que manejan el TEDH y el CDH para sostener sus posturas[19].

En la primera Decisión, de 2001, el TEDH incide en la libertad de los Estados para establecer en sus normas cuándo corresponden cada uno de los tres modos de ejercicio del derecho de defensa dispuestos en el art. 6.3, c) CEDH. Acogiendo su jurisprudencia anterior, sobre el margen de los Estados para fijar en qué casos procede nombrar abogado de oficio —dejando a un lado el derecho al abogado de propia elección—, la hace extensible a los supuestos en que se requiere necesariamente la asistencia letrada —imponiéndose al derecho a la autodefensa—, y que también podrán ser determinados libremente por los Ordenamientos nacionales. Para el Tribunal de Estrasburgo, lo relevante será proteger el *derecho de defensa*, genéricamente considerado, como garantía del derecho a un juicio justo (del art. 6.1 CEDH), siendo cada una de sus variantes algo instrumental; de manera que, si un Estado optara por exigir la asistencia de abogado para toda etapa de cualquier proceso (como sucedía con el derecho portugués en el caso de autos), no sería contrario al tan citado art. 6.3, c) CEDH, con tal de que se respetase el derecho de defensa de las partes. En este planteamiento, la autodefensa no se configura como un derecho del justiciable en sí mismo, sino como una modalidad de ejercicio del derecho de defensa, que puede ser limitada hasta el punto de su exclusión[20].

Por el contrario, el CDH de la ONU adopta una postura distinta, que podemos sintetizar en los puntos siguientes: *1º)* Debe distinguirse con claridad entre el derecho a defenderse a sí mismo (autodefensa) y el derecho a participar en el proceso, pues

---

19. Para abundar sobre el tema, desde la perspectiva del Derecho Internacional, cfr. el extenso y riguroso trabajo de Petit de Gabriel, E. W., «¿Derecho a la autodefensa o defendido por obligación? (Des)control del margen de apreciación y fragmentación entre los sistemas de garantía de derechos humanos», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XIX, 2019, pp. 211-290.

20. Así, Petit de Gabriel, E. W. (ob. cit., pp. 223-224), quien resume la posición del TEDH en 2001 de la siguiente forma: «El derecho de defensa —como garantía del juicio justo—: a) puede ser regulado por el Estado; b) El Estado puede decidir los casos en los que el acusado debe estar representado por un letrado; c) el Estado puede decidir que el acusado debe estar siempre representado por un letrado y que ese letrado sea nombrado de oficio; d) por tanto, el Estado puede decidir si es admisible la modalidad de defensa por sí mismo del acusado, y en qué casos, llegando a admitir la exclusión total por el Estado de la modalidad de la autodefensa sin vulnerar el Convenio».

este último ha de respetarse en cualquiera de las formas en que se ejercite el derecho de defensa. *2º)* Las modalidades de ejercicio del derecho de defensa deben ser de elección del acusado, el cual ha de contar así con un «derecho de opción». *3º)* Este derecho de opción no es absoluto y los Estados podrán limitarlo, estableciendo restricciones cuando vengan exigidas por los «intereses de la justicia», como sucede, entre otros, en los casos de *obstrucción del proceso* por el acusado, persistente y sustancial; o cuando este sea objeto de *acusaciones graves*, para las que se muestre —o se presuma— incapaz de argüir una defensa adecuada; o cuando haya un motivo de *protección de testigos* vulnerables, que puedan verse afectados por un interrogatorio directo por el propio acusado, etc. *4º)* Es relevante establecer así «límites a las limitaciones» del derecho de opción, en el sentido de que respondan a una finalidad objetiva y de relevancia significativa, orientada a garantizar los intereses de la justicia, lo que habrá de apreciarse en el caso concreto[21]. Por tanto, en este esquema, el acusado tendrá como regla el derecho a elegir las modalidades de ejercicio del derecho de defensa —y entre ellas tiene derecho a optar por la autodefensa—, y las limitaciones a este derecho de opción serán de carácter excepcional y por ello sujetas a una interpretación restrictiva.

Frente a esta concepción, el TEDH insiste de nuevo en 2018 en que la decisión sobre las variantes del derecho de defensa no corresponde al justiciable sino al Estado, que podrá limitar la autodefensa; y las limitaciones no han de circunscribirse a los intereses de la justicia recién mencionados, sino que bastará con que obedezcan a una razón de interés público. El único control que ejerce el Tribunal de Estrasburgo sobre las modalidades de ejercicio del derecho de defensa elegidas por el Estado —del art. 6.3, c) CEDH— se centra en examinar si permiten o no que se observe el derecho a un juicio justo —del art. 6.1 CEDH—, o la llamada «justicia global del proceso»[22].

Siendo así, se comprende que existen dos enfoques muy distintos sobre la materia. De un lado está el planteamiento del CDH, en el que la autodefensa constituye un genuino *derecho* del litigante, integrado en el derecho más amplio a la defensa, y que sin duda puede ser limitado por los Estados, pero donde las limitaciones a este derecho habrán de estar «limitadas». Y de otro lado está la perspectiva del TEDH, que considera que la autodefensa es ante todo una *merma* o limitación del derecho de defensa, el cual tiene su principal expresión en el derecho a la defensa le-

---

21. Cfr. Petit de Gabriel, E. W.: ob. cit., pp. 225-226.

22. Cfr. Petit de Gabriel, E. W.: ob. cit., pp. 227-228. Esta autora añade: «Del conjunto de la sentencia parece desprenderse un prejuicio desfavorable a la autodefensa como modalidad de ejercicio del derecho de defensa. Consideramos que la Gran Sala asume la idea de que la autodefensa pone en riesgo la justicia del proceso y, por tanto, sólo podría ser aceptada bajo condiciones estrictas. Así parece confirmarlo al invocar la idea de que para admitir la renuncia a los derechos del artículo 6 CEDH mediante una norma elaborada por el Estado, esta —la renuncia— debe ser inequívoca, no ser contraria a ningún interés público y estar acompañada de garantías proporcionales a su importancia» (p. 229).

trada, de suerte que las posibilidades de defenderse a sí mismo se han de permitir o autorizar como *excepción*, siempre que haya una renuncia expresa del justiciable y no haya riesgo para la protección de los derechos del acusado y de los intereses públicos[23].

Y esas dos visiones son reflejo de las tradiciones jurídicas de las que provienen y muestran el debate de fondo que está en juego en este tema. Pues el enfoque del CDH puede calificarse de *pro persona* y es propio de los sistemas del *Common Law*, en los que destaca la autonomía individual, por lo que resulta favorable al derecho de opción, de modo que sean los justiciables quienes en condiciones normales elijan cómo defenderse en juicio, teniendo un auténtico derecho de origen convencional a optar por la autodefensa. En cambio, el planteamiento del TEDH puede conceptuarse *pro auctoritate*, al dejar en manos del Estado la decisión sobre el modo de ejercer el derecho de defensa; en él, la opción por la autodefensa —de base legal más que convencional— se muestra arriesgada, por lo que las excepciones a la defensa letrada, genuina expresión del derecho de defensa, han de ser limitadas y condicionadas a una serie de requisitos, como que el litigante renuncie a la asistencia letrada de manera clara, voluntaria, inequívoca, informada sobre sus consecuencias, revocable, etc. Esta segunda visión[24] es la que prima en los países de sistema continental, como el nuestro; y no solo está presente en normas europeas relativas al proceso penal, como la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales, sino que también la encontramos en iniciativas prelegislativas referentes al proceso civil, como la propuesta de Directiva de 4 de julio de 2017, sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea (según veremos *infra*).

Sin embargo, y a nuestro juicio, por lo que respecta al proceso civil, los elementos y postulados del primer enfoque (CDH) encajan mejor con los principios que rigen estos procesos. En ellos, y como sabemos, al debatirse sobre derechos e intereses de carácter privado, tanto el inicio como el objeto, el desarrollo y el resultado de las actuaciones están muy condicionados por la voluntad de las partes. Lo cual se muestra coherente con un esquema en el que la decisión sobre el tipo de defensa corresponda al litigante. Esta decisión, si es a favor de la autodefensa, podría ser *impedida* en algunos supuestos en que así lo exijan los «intereses de la justicia», que habría que definir legalmente y con referencia específica al ámbito de dere-

---

23. Cfr. Petit de Gabriel, E. W.: ob. cit., pp. 229-230.

24. La concepción del TEDH expuesta ha sido criticada por Petit de Gabriel, E. W. (ob. cit., p. 280), por considerarla «proteccionista y tuitiva del Estado sobre el individuo. Ello traiciona la función del TEDH de garante de los derechos individuales frente a la soberanía del Estado, y contradice la manera de entender el derecho de defensa como un derecho individual de opción entre diferentes modelos, protegido por el beneficio de la gratuidad para aquellos que no tienen recursos en los supuestos que el Estado considere imprescindibles en interés de la justicia».

chos sobre el que se proyecta[25]; y también podría ser *corregida* —o aconsejada su variación— por el tribunal, en los casos en que el ejercicio adecuado del derecho de defensa esté realmente en juego. Pero no parece lo más acorde con el poder de disposición de las partes sobre los derechos en liza, y con el correlativo poder de disposición sobre el proceso, que el Estado pueda restringir sin límite, hasta el punto de casi anular, el ámbito en el que la voluntad de las partes pueda optar por defenderse a sí mismo, en esta parcela jurisdiccional.

Cuestión distinta es que la parte que quiera optar por la autodefensa lo haga con una voluntad que sea libre, en el sentido de que conozca previamente las opciones que tiene y cuáles son las consecuencias procesales y económicas de su decisión, unido a que se manifieste de modo claro e inequívoco, y que dicha parte tenga la posibilidad de retractarse. Todos estos requisitos —y algunos otros que se señalen— son compatibles con que el peso de la decisión sobre el modo de defenderse esté en manos de los litigantes. Por ello, si se quiere proteger el derecho de defensa del justiciable, en un ámbito jurisdiccional —insistimos— en el que no se tutelan intereses públicos, cabe pensar más en afinar bien los requisitos y las cautelas a que se sujetan los casos de autodefensa, que en limitar —hasta casi suprimir— los supuestos en que se permita esta modalidad defensiva.

4. Enseñanzas de los Reglamentos europeos acerca de la autodefensa

4.1. La autodefensa en el Reglamento del proceso europeo de escasa cuantía

Tras referirnos al art. 47, II CDFUE y al correlativo art. 6.3, c) CEDH, nuestra mirada se centra ahora en los Reglamentos de la UE que regulan dos procesos civiles que tienen la característica destacada de que pueden sustanciarse enteramente sin que las partes vayan asistidas por un abogado ni representadas por un profesional de la justicia. Estas normas son, de un lado, el Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (RPME), y de otro lado, el Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el

25. En los procesos penales, las circunstancias que con más frecuencia se han manejado como «intereses de la justicia» que justifican la prohibición de la autodefensa —según se ha ido apuntando— han sido: que el acusado no tenga pleno conocimiento o capacidad volitiva para asumir su defensa; o su falta de salud, que pueda provocar una dilación exagerada; o su actitud obstruccionista; la gravedad de la pena asociada a los hechos enjuiciados, la complejidad del asunto, o la carencia de formación jurídica del acusado; la necesidad de garantizar la igualdad de armas, o de proteger a sujetos distintos del acusado, como testigos, etc.

que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (RPEEC)[26]. Nuestro propósito respecto de estas normas no es otro que analizar en qué medida la autodefensa dispuesta en ellas se ha demostrado una experiencia útil, o —por el contrario— los problemas y dificultades que ha acarreado, a fin de entresacar algunas lecciones que puedan servirnos al objetivo de estudiar si conviene o no ampliar los márgenes previstos en nuestras normas sobre la materia. Y comenzaremos por el RPEEC, al referirse a un proceso declarativo completo, y que cuenta no solo con un precepto que establece la autodefensa (art. 10), sino también con otro relativo a la asistencia que debe prestarse a las partes (art. 11), que además ha sido objeto de reforma en 2015[27].

Así, y como hemos adelantado, el art. 10 RPEEC dispone escuetamente: «*No se exigirá que las partes estén representadas por un abogado ni por cualquier otro profesional del Derecho*». Es sabido que el RPEEC sienta las normas básicas de un proceso declarativo que trata de ser breve y simplificado, orientado a la reclamación de obligaciones dinerarias y no dinerarias de naturaleza civil y mercantil cuya cuantificación no supere los 5.000 euros de principal (en los términos del art. 2 RPEEC) y de carácter transfronterizo (según se define en el art. 3 RPEEC), y que tendrá como resultado una sentencia con fuerza ejecutiva en cualquier Estado de la UE salvo Dinamarca (cfr. art. 15 RPEEC)[28]. Y aunque apreciada doctrina haya mostrado sus dudas sobre el alcance del art. 10 RPEEC, excluyendo su aplicación cuando se recurra la sentencia o se pida su ejecución, en especial en un Estado distinto de aquel en que se ha dictado[29], para nosotros tal precepto debe regir todas las actuaciones y fases del proceso de escasa cuantía, con independencia del lugar del proceso. Pues, además de que no se establece ninguna salvedad en el citado art. 10 y de que, según el art. 21.3 RPEEC, la parte que solicite la ejecución de una sentencia dictada en otro Estado miembro no estará obligada a tener un

---

26. Ambos Reglamentos han sido reformados por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n° 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo.

27. Para abundar sobre el proceso europeo de escasa cuantía, con un enfoque de comparación con los procesos españoles para la reclamación de esta clase de deudas, cfr. el capítulo de Bernardo San José, A., en esta obra, titulado «Análisis comparativo de los procesos europeo y español para las demandas de escasa cuantía. ¿La europeización del juicio verbal?».

28. Para todo lo no regulado por el RPEEC, se aplicarán las normas procesales de los Estados miembros donde se sustancie el proceso, que, cuando se trata de nuestro territorio, se contienen principalmente en la Disposición final vigésima cuarta de la LEC.

29. En este sentido, favorable a aplicar las normas de postulación preceptiva del Estado donde se tramite el recurso, o la fase de ejecución, y no, por tanto, el art. 10 RPEEC, cfr. Vegas Torres, J, *El proceso de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) nº 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 180-182; al que sigue Fernández Carron, C., en «Sabio consejo a consumidores y, en especial, a personas físicas titulares de créditos transfronterizos que no ostenten tal condición: no optéis por el proceso europeo de escasa cuantía», *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, justicia civil y derechos fundamentales*», Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 159.

representante autorizado —o una dirección postal— en el Estado de ejecución, otra cosa iría en contra de la filosofía que preside estos procesos y de los fines que se persiguen, entre los que destacan: facilitar el acceso a la justicia, simplificar los litigios de escasa cuantía y reducir sus costes [cfr. Considerandos (7) y (8) RPEEC, entre otros][30].

Ahora bien, el hecho de acudir a estos procesos sin asistencia letrada puede provocar algunas dificultades a los litigantes que opten por ellos, debidas a la formación jurídica que puede necesitarse o convenir en algunos momentos de su empleo. Así, para la propia elección de este cauce procedimental como adecuado a la pretensión que quiere ejercitarse, a fin de saber si entra o no dentro del ámbito de aplicación de estos procedimientos, o si resulta preferible a otras vías posibles; o para determinar el órgano competente, pues deberán manejarse normas de competencia internacional (recogidas en el Reglamento 1215/2012) y de competencia objetiva y territorial; o de cara a cumplimentar los formularios normalizados en torno a los que se articulan estos procesos (cfr. https://e-justice.europa.eu/177/ES/small_claims_forms), ya que algunos de sus campos son difíciles de rellenar si se carece de conocimientos jurídicos, como sucede, por ejemplo (en referencia al formulario A, de demanda): con el fundamento de la competencia, recién aludido (apartado 4), o con el valor de la demanda no pecuniaria (apartado 7.2), que exigiría conocer las reglas procesales de determinación de cuantía (en nuestro caso, arts. 251 y 252 LEC), o con la descripción de los hechos y de los elementos probatorios de los quiera servirse la parte (apartados 8.1 y 8.2); así como para saber algunos aspectos relevantes de carácter económico de estos procesos, como los relativos al pago de tasas judiciales o qué gastos serán reembolsables a través de las costas, etcétera[31].

---

30. De manera que nos alineamos con Gascón Inchausti, F. («Un nuevo instrumento para la tutela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía», *Ius et Praxis*, vol. 14, nº 1, 2008, p. 9), quien, tras reconocer que el RPEEC no deja claro si la regla del art. 10 se extiende también a la fase de ejecución, se inclina por aplicarla a todo el proceso. Así: «Una visión amplia del proceso europeo de escasa cuantía, que comprenda no sólo la declaración, sino también la ejecución de la sentencia, puede servir de argumento para entender que no es precisa la asistencia de un abogado para la ejecución forzosa, ni en el Estado de origen ni en ningún otro Estado miembro, aunque lo fuera según la legislación interna. Sin ejecución forzosa no hay verdadera satisfacción del crédito, de modo que exigiendo la intervención del abogado para la ejecución se añadirían unos costes que el legislador europeo ha querido deliberadamente evitar. Es más, el art. 15, que regula la ejecutividad interna de la sentencia, forma parte del mismo capítulo que el art. 10, lo que permite sostener que no será precisa la intervención de abogado si la ejecución de la sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía ha de desarrollarse en el Estado en que se pronunció. En consecuencia, y a la vista de lo dispuesto en el art. 21, podría sostenerse también que no es precisa para su ejecución en el extranjero, puesto que debe darse el mismo tratamiento a las sentencias dictadas en procesos de escasa cuantía extranjeros que a las dictadas por tribunales nacionales». Con argumentos similares se manifiesta Valencia Mirón, A. J., en «El proceso europeo de escasa cuantía», *Tutela judicial del crédito en la Unión Europea,* Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 287-288.

31. Fernandez Carron, C., se ha referido a estas dificultades con detalle, considerando que la intervención no preceptiva de abogado en el proceso europeo de escasa cuantía es una «opción legislativa más bien irreal», a la que ve poca viabilidad en la práctica (ob. cit., pp. 160-164).

A nosotros nos parece que las dificultades anteriores son salvables a través de una adecuada *asistencia a las partes*, que puede producirse de distintas formas, y que, en el caso del PEEC, está prevista normativamente, en el art. 11 de su Reglamento. Es más, este precepto es uno de los reformados —y ampliados— en 2015, pues en su versión originaria de 2007 se limitaba a señalar que «*Los Estados miembros garantizarán que las partes reciban asistencia práctica para cumplimentar los formularios*». Por tanto, la posible asistencia se reducía a este punto, sobre la cumplimentación práctica de los formularios normalizados, pero no se concretaba su alcance, si había de ser de carácter general o referida al caso concreto; ni se sabía quién debía proporcionarla, si los órganos judiciales (o qué personal dentro del órgano) u otras oficinas u organismos[32], o ante quién acudir en busca de información al respecto. En el art. 11 ahora vigente se detallan algunos aspectos:

— Por un lado, los Estados han de garantizar que la asistencia no solo sea para cumplimentar en la práctica los formularios, sino también se ofrecerá información general sobre el ámbito de aplicación de estos procesos y sobre los órganos competentes en cada Estado para conocer de ellos. A la vez, se precisa que dicha asistencia debe ser gratuita; pero sin que esto suponga que los Estados hayan de conceder necesariamente la asistencia jurídica gratuita a quienes acudan al PEEC, ni tampoco que la asistencia haya de prestarse «*en forma de apreciación jurídica de un asunto concreto*» (art. 11.1 RPEEC)[33].

— Por otro lado, los Estados deben garantizar que la información sobre los entes u organismos que hayan de prestar asistencia esté disponible tanto en los juzgados competentes para conocer de los procesos europeos de escasa cuantía, como en los sitios webs nacionales que se entiendan pertinentes (art. 11.2 RPEEC).

Nótese que los Estados tienen el deber de prestar la asistencia que se prevé en la norma citada y el de informar sobre los órganos que la llevarán a cabo; pero a la vez tienen libertad para «decidir las formas y medios más adecuados para proporcionar dicha asistencia práctica e información general» así como para «decidir sobre qué órganos recaen esas obligaciones», según se declara en el Considerando (20) del Reglamento 2015/2421, de modificación del RPEEC. En todo caso, y según este mismo Considerando, entre los canales para la difusión de la información debida destacan los sitios webs, comenzando por el Portal Europeo de e-Justicia y continuando con las webs nacionales; y a ellos han de sumarse las organizaciones

---

32. Sobre el particular, Valencia Mirón, A. J., señalaba (en 2011): «Esta tarea debe corresponder a algún miembro del órgano jurisdiccional que, por su cualificación, debe ser el Secretario» (ob. cit., p. 290).

33. Gascón Inchausti, F., veía razonable, cuando se instauró el PEEC, es decir, al referirse a las dudas sobre el alcance de la asistencia práctica que había de prestarse conforme a la redacción originaria del art. 11 RPEEC, que esta «debería incluir un cierto asesoramiento jurídico acerca del mejor modo de narrar los hechos y acerca de la selección de los documentos y pruebas a que debe hacerse referencia en ella» («Un nuevo instrumento…, ob. cit., p. 6); pero, según se observa, la reforma de 2015 no ha llegado a este punto.

de apoyo a los consumidores, como la Red de centros europeos de los consumidores (ECC Net), desde los que se prestará asistencia a los consumidores para cumplimentar los formularios[34].

De este modo, en el Portal Europeo de e-Justicia[35], consta una información detallada acerca de la utilidad y las características del proceso europeo de escasa cuantía, sobre su funcionamiento y figuran sus formularios; también una guía para los usuarios y una guía práctica para su aplicación; hay un enlace a la información que debía comunicar cada Estado conforme al art. 25 RPEEC, que incluye los órganos competentes para enjuiciar estos procesos y las autoridades u organizaciones que han de prestar la asistencia práctica del art. 11 [letras a) y c) respectivamente]; existe una infografía para consumidores, con un esquema y los pasos del PEEC, junto a un enlace a la lista de los centros europeos de los consumidores, etc.

A nuestro juicio, en el PEEC y en su regulación se muestran tres puntos claves de apoyo, que debe un incluir un régimen de autodefensa en juicio, para que pueda ser efectivo. En primer lugar, y como se acaba de ver, ha de establecerse un sistema adecuado de *asistencia* a las partes que van a litigar sin contar con letrados que las defiendan o con profesionales jurídicos que las representen. Esta asistencia es precisa tanto para explicar a los justiciables qué cauces procesales son posibles y convenientes en cada caso, como para indicarles los tribunales que conocerán de los distintos procedimientos, así como para orientar y auxiliar respecto de los trámites que deben efectuarse. Y en esto, lo que sucede con el PEEC (según se ha dicho) marca una senda que bien puede servir de ejemplo.

En segundo lugar, se requieren unos buenos *formularios*, como los recogidos en los Anexos del RPEEC, fácilmente accesibles para los ciudadanos[36], que sean claros y sencillos de cumplimentar, porque cuenten con explicaciones suficientes sobre el significado de cada apartado y el modo de rellenarlo, o porque incorporen un desplegable con las diferentes opciones que cabe marcar; y en los que se informe con precisión de las consecuencias procesales anudadas al comportamiento —activo o

34. Cfr. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/resolve-your-consumer-complaint/european-consumer-centres-network-ecc-net_es

35. Cfr. https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-42-es.do#:~:text=El%20proceso%20europeo%20de%20escasa,de%20hasta%205%20000%20EUR.&text=Pueden%20acogerse%20al%20europeo%20de,legislaci%C3%B3n%20de%20los%20Estados%20miembros.

36. Como sabemos, los formularios del PEEC figuran en el Portal de e-Justicia, y además el art. 4.5 RPEEC ordena que: «*Los Estados miembros se asegurarán de que el formulario normalizado de demanda A esté disponible en todos los órganos jurisdiccionales ante los cuales el proceso europeo de escasa cuantía pueda iniciarse y de que sea accesible a través de los sitios web nacionales pertinentes*».

pasivo— de la parte a la que se refieran así como de los efectos económicos relativos al proceso de que se trate[37].

Y en tercer lugar, el otro complemento necesario para que funcione un sistema procesal de autodefensa, y que también puede apreciarse en las normas del PEEC, se constituiría por un *papel más activo del tribunal* en la sustanciación del proceso, que venga a subvenir de algún modo la carencia de formación jurídica de las partes. Así, el art. 12 RPEEC contiene tres previsiones que van en esta línea: 1ª) el órgano judicial que conoce de estos procesos «*no exigirá a las partes que realicen una valoración jurídica en la demanda*», de manera que será suficiente con que expongan los hechos principales que sirven para identificar y fundar su pretensión (o como figura en el ap. 8.1 del Formulario A, con que describan sucintamente los motivos de su demanda), dejando que sea el tribunal quien califique jurídicamente esos hechos; 2ª) el órgano judicial «*informará a las partes sobre las cuestiones procesales*» cuando sea necesario, por lo que controlará que se cumplan los requisitos procesales precisos y podrá requerir a las partes que subsanen los defectos procesales, si es posible (por ejemplo, dentro del margen que le permite el formulario B); y 3ª) el órgano judicial tratará «*de conseguir una conciliación entre las partes*», si ve que es viable como forma de solución del conflicto. A estas previsiones, plenamente compatibles con nuestro Ordenamiento, se unen también las facultades probatorias del juez dispuestas en el art. 9 RPEEC, en las que no se acaba de reconocer la iniciativa probatoria de oficio, sino que se le atribuyen las decisiones sobre la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes —según las normas procesales del foro— y sobre el modo —oral u escrito, o por videoconferencia— de practicar las pruebas propuestas y admitidas[38]. Y aunque aún queda camino por recorrer en este punto[39], no cabe duda de que la regulación de estos procesos europeos no pierde de vista que, en ellos, las partes no estarán asistidas

---

37. En este sentido, en el Considerando (23) del Reglamento 2015/2421, de reforma del PEEC, se afirma: «Para mejorar la protección del demandado, los formularios normalizados previstos en el Reglamento (CE) nº 861/2007 deben contener información sobre las consecuencias para el demandado en caso de que no conteste a la demanda o no asista a una vista oral cuando se le cite, en particular la relativa a la posibilidad de que pueda dictarse o ejecutarse una sentencia en su contra y la responsabilidad por las costas y gastos procesales. Los formularios normalizados también deben contener información sobre el hecho de que la parte ganadora puede no estar en condiciones de recuperar las costas procesales en la medida en que se haya incurrido en ellas innecesariamente o resulten desproporcionadas en relación con la cuantía de la demanda». Este último extremo guarda relación con lo dispuesto en el art. 16 RPEEC, que, pese a establecer el criterio del vencimiento objetivo en materia de costas, señala que: «*No obstante, el órgano jurisdiccional no condenará a la parte perdedora a pagar a la parte ganadora costas generadas innecesariamente o que no guarden proporción con el valor de la demanda*».

38. Así, Gascón Inchausti, F. («Un instrumento…, ob. cit., pp. 17-20), para quien una norma de tal calado, que permitiese al tribunal acordar pruebas de oficio, debería ser precisa y expresa (p. 18).

39. Como puede apreciarse de lo expuesto por Schumann Barragán, G., en el capítulo de esta obra sobre «La gestión y la flexibilidad del procedimiento: ¿un proceso civil convergente con Europa?».

de profesionales del Derecho, lo que determinará que el juzgador haya de adoptar una actitud más «proactiva» a la hora de tramitar el procedimiento.

En consecuencia, pensamos que los tres elementos apuntados —un sistema adecuado de asistencia a las partes, unos buenos formularios y un papel más activo del juez en el proceso— son piezas relevantes que nos marca la norma europea sobre los procesos transfronterizos de escasa cuantía y a las que habría que atender, pues en ellas tenemos claramente campo de mejora, si se quiere ampliar nuestro régimen procesal de autodefensa.

4.2. La autodefensa en el Reglamento del proceso monitorio europeo

En el proceso monitorio europeo, también se permite que las partes activa y pasiva actúen sin abogado ni representante procesal. El art. 24 RPME, relativo a la «Representación» y que no ha sido modificado por la reforma de 2015, dispone que no se exigirá representación por un abogado u otro profesional del Derecho: ni «*del demandante en relación con la petición de requerimiento europeo de pago*» (letra a), ni «*del demandado en relación con la oposición a un requerimiento europeo de pago*» (letra b). Por tanto, a diferencia de lo que sucede en nuestros monitorios internos, donde para el escrito de oposición se siguen las reglas generales de postulación preceptiva en función de la cuantía (cfr. art. 818.1, II LEC), en el monitorio europeo no será precisa tal asistencia ni representación para ninguna actuación del procedimiento.

Es muy conocido que el proceso monitorio europeo sirve para reclamar créditos dinerarios no impugnados de cualquier cuantía, vencidos y exigibles, de materia civil o mercantil y de carácter transfronterizo; y que se articula, al igual que el proceso europeo de escasa cuantía, a través de los formularios (en este caso A-G) previstos en los Anexos de su Reglamento[40]. Pero hay una diferencia, que entendemos importante, entre las normas de uno y otro proceso, y es que en el RPME

40. Recordamos sintéticamente que el proceso comienza con una solicitud de requerimiento europeo de pago por medio del formulario A, presentado ante el órgano judicial del Estado de origen; este órgano podrá pedir al demandante que complete o rectifique su solicitud a través del formulario B, o le hará una propuesta de requerimiento distinto con el formulario C, o desestimará la solicitud empleando el formulario D, o bien expedirá el requerimiento europeo de pago mediante el formulario E. El demandado tendrá un plazo de 30 días para proceder al pago, o para presentar un escrito de oposición por medio del formulario F. Si el demandado se opone, el proceso continuará por los trámites del PEEC o del proceso ordinario que corresponda en el Estado de origen, a elección del actor, que también podrá optar por el archivo de las actuaciones (cfr. arts. 16 y 17 RPME). Si el demandado ni paga ni se opone en el plazo otorgado, el órgano judicial del Estado de origen declarará la ejecutividad del requerimiento europeo de pago a través del formulario G, y remitirá al demandante el requerimiento europeo de pago ejecutivo, que será título de ejecución —sin necesidad de exequátur— en los demás Estados miembros (cfr. arts. 18 y 19 RPME).

no existe un precepto sobre la asistencia a las partes, equivalente al referido art. 11 RPEEC. Y, sin embargo, la cumplimentación de los formularios a cargo de las partes —en especial el formulario A, de petición de requerimiento de pago— exige un nivel de precisión y de conocimientos jurídicos que no pueden presuponerse en un usuario «medio» de estos procesos, desasistido de abogado. Así, por señalar algunos ejemplos, relativos al formulario A: en el ap. 3, debe especificarse el criterio en el que se funda la competencia del tribunal elegido por el actor; en el ap. 6, hay que concretar la clase de contrato del que se deriva el crédito que se reclama y las circunstancias referentes a su incumplimiento; en el ap. 7, han de detallarse los diferentes tipos de intereses que se reclaman, en su caso, así como los importes relativos a penalizaciones —ap. 8— o a las costas —ap. 9—; o en el ap. 10, deben consignarse los medios de prueba que acrediten el crédito.

Debe reconocerse que al término del formulario A se recogen unas indicaciones para cumplimentarlo, con explicaciones referentes a cada apartado; y que al final del formulario E —con el que se efectúa el requerimiento europeo de pago— hay un recuadro con «Información importante para el demandado». Y en el portal de e-Justicia[41] se encuentra información general sobre el proceso monitorio europeo; hay un enlace a todos sus formularios en línea; consta una guía práctica de aplicación de este procedimiento; se puede buscar la información de cada Estado sobre la competencia judicial, los procedimientos de revisión, los medios de comunicación y las lenguas (conforme a lo exigido por el art. 29 RPME); etc. Pero todo lo anterior no obsta, a nuestro juicio, para que sea deseable que se establezca el deber de los Estados de garantizar a los justiciables tanto la asistencia práctica para rellenar los formularios como información general sobre este procedimiento, además de publicitar qué órganos u organismos se han de ocupar de dicha asistencia e información.

5. Iniciativas prelegislativas europeas con normas sobre autodefensa

5.1. La Propuesta de Directiva de 2017 sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la UE

Después de examinar los Reglamentos europeos que regulan procesos en los que se permite la autodefensa o la autorrepresentación en juicio, pasamos a analizar qué se señala sobre esta materia en algunas iniciativas prelegislativas orientadas a convertirse —o al menos a influir— en futuras normas europeas. Y comenzamos con la llamada Propuesta de Directiva sobre *Normas mínimas comunes del proceso*

41. Cfr. https://e-justice.europa.eu/353/ES/european_payment_order?clang=es

civil (aprobada por Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0282_ES.html#title1)[42].

Aunque han pasado unos años desde que se aprobó y parecen detenidos los esfuerzos para alcanzar una Directiva, esta propuesta tenía como objetivo —según se declara en su art. 1— la armonización de los regímenes procesales civiles de los Estados de la UE, como forma de garantizar el derecho a un proceso justo de los arts. 47 CDFUE y 6 CEDH; y para ello se prevén una serie de normas mínimas sobre el inicio, el desarrollo y la conclusión de los procesos civiles en los que se tutele el Derecho de la UE por tribunales de los Estados miembros. A pesar de estar referidas a la litigación transfronteriza —aunque sea en el sentido amplio que se indica en el art. 3— pues no en vano su base legislativa sería el art. 81.2 TFUE, estas normas tratan de elevar los estándares de calidad de los sistemas procesales civiles y acabarían repercutiendo en los procesos internos, incrementando así la confianza recíproca de los Estados miembros[43].

La propuesta de Directiva tiene cuatro secciones y en la cuarta y última, sobre la equidad del proceso, se ubica el art. 18, relativo al «Derecho a la asistencia de letrado en los procesos civiles». En este precepto, primero se reconoce el derecho de las partes a un abogado de su elección, que en los litigios transfronterizos será doble, uno en el Estado de origen para el asesoramiento preliminar, y otro en el Estado de acogida para llevar el litigio (art. 18.1). Y después se establece que las partes podrán *renunciar* a este derecho, siempre que se respeten tres requisitos, o si se quiere: dos condiciones y una salvaguarda[44]. De este modo, la validez de la renuncia se condiciona a que: *i)* previamente se haya informado a las partes, sea oralmente o por escrito, pero de forma clara y suficiente, acerca de las consecuencias que supone tal renuncia; y *ii)* esta sea voluntaria e inequívoca. Y como salvaguarda, tal renuncia ha de poder revocarse en cualquier momento del proceso, de lo cual debe informarse a las partes (art. 18.3).

Esta posible renuncia al derecho al abogado de propia elección se prevé, según los términos del mismo art. 18.3: «*Sin perjuicio de la legislación nacional que requiera la presencia o asistencia obligatoria de un letrado*». Es decir, en las normas mínimas

---

42. Sobre el origen, la finalidad y el alcance de esta propuesta normativa, cfr. Gascón Inchausti, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización,* Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 72-98. También, González García, S., «La propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes en el proceso civil ¿hacia un derecho procesal civil europeo?», *Revista General de Derecho Procesal,* nº 49, 2019, pp. 1-22.

43. Acerca del potencial efecto armonizador de estas normas sobre los procesos civiles nacionales, cfr. Gascón Inchausti, F., *Derecho europeo*…, ob. cit., pp. 79-80.

44. Así, Gascón Inchausti, F., *Derecho europeo*…, ob. cit., pp. 89-90.

prima la consideración de la asistencia letrada como un auténtico derecho, y por tanto de carácter renunciable, y no como un deber. Por ello, aunque los Estados determinen ámbitos procesales civiles —más o menos amplios— en los que la asistencia o representación de un profesional de la justicia sea preceptiva, los justiciables han de tener la posibilidad de prescindir de sus servicios jurídicos y litigar por sí mismos, con tal de que su decisión se ajuste a las exigencias mencionadas, y sea así: consciente de sus consecuencias, enteramente libre y revocable en todo momento.

Ahora bien, las previsiones del art. 18 de la Propuesta de Directiva deben combinarse con lo dispuesto en otros preceptos de esta iniciativa. Singularmente, con el art. 19, también dentro de las normas sobre equidad del proceso, que sirve de complemento necesario a las facultades de autodefensa recién referidas, pues determina el deber de los Estados de «*facilitar a los ciudadanos información transparente y de fácil acceso sobre el inicio de los diversos procedimientos, los plazos de caducidad y prescripción, los órganos jurisdiccionales competentes para enjuiciar las distintas causas y los formularios que se han de cumplimentar con tal fin*». Este deber de información, y de garantizar el acceso a la información, no se traduce —al igual que sucede con la asistencia prevista en el reformado art. 11.1 RPEEC— en que los Estados se encuentren obligados a prestar asistencia jurídica «*en forma de apreciación jurídica de un asunto concreto*» (art. 19 *i.f.*); cuestión distinta es que la parte tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Junto a lo anterior, se han de tener presentes otros dos preceptos, en este caso de la sección 3, sobre el acceso a los órganos jurisdiccionales y a la justicia, como son los arts. 14 y 15, relativos a las costas y a la asistencia jurídica gratuita. En primer lugar, el art. 14 incluye dentro de las costas los gastos que comporte la representación por abogado u otro profesional, sin que se distinga entre los supuestos en que aquella sea obligatoria o voluntaria. El precepto contiene varias normas mínimas en materia de costas: se acoge el criterio del vencimiento, si es completo, aunque puede modularse cuando hubo mala fe o falta de cooperación para alcanzar un acuerdo, o excluyendo los gastos que se consideren innecesarios o que no han guardado proporción con el valor de la demanda; si el vencimiento es parcial, el tribunal podrá repartir equitativamente los gastos o decidir que cada parte abone los suyos; y la condena en costas nunca debe incluir los gastos innecesarios o que respondan a una «pugnacidad irrazonable». Por tanto y por lo que parece, el prelegislador europeo no muestra inconveniente a que los gastos de abogado sean recuperables a través de las costas, también cuando su intervención no sea preceptiva, siempre que se cumplan los parámetros indicados en la norma: que se gane enteramente el proceso, que este no haya obedecido a una litigiosidad irrazonable, que el gasto no sea desproporcionado respecto de la cuantía del pleito, etc.

Y, en segundo lugar, el art. 15 reconoce que el derecho a la asistencia jurídica gratuita puede incluir el coste total o parcial de los gastos de asistencia y representa-

ción recogidos en su ap. 2, letra b), es decir, tanto los de asesoramiento previo, como los de inicio y desarrollo del proceso declarativo, así como los de la propia solicitud de asistencia jurídica, y los del proceso de ejecución. Tal derecho se reconocerá a las personas físicas —con ciudadanía de la UE o con residencia legal en ella— que cumplan los requisitos del ap. 3 (falta de recursos económicos, prosperabilidad razonable de su pretensión, derecho a ejercer la acción según el derecho nacional); y a las personas jurídicas, únicamente para eximirlas del pago anticipado de los gastos del proceso y/o de asistencia letrada, y conforme a los criterios que entre otros se apuntan en el ap. 4 del mismo precepto. De manera que, en las normas mínimas, tampoco se condiciona la inclusión de los gastos de abogado —en la asistencia gratuita— a que su intervención sea obligatoria, sino que se atiende a los requisitos mencionados, y entre ellos —sobre todo— a la capacidad económica del litigante para hacer frente a dichos gastos, en todo o en parte.

En conclusión, en la Propuesta de Directiva, se opta por una configuración de la *asistencia letrada* —primordialmente— como un derecho, y como un derecho de carácter renunciable, cuya renuncia supone el ejercicio efectivo de otro derecho, el de *autodefensa*; y esta posible renuncia del derecho a la defensa letrada, o el ejercicio consecuente del derecho a la autodefensa, se plantean en términos muy amplios, sin limitarlos a un tipo de proceso por razón de su cuantía o de la materia, ni tampoco a ciertas instancias (cfr. art. 18). Y a ello se une, de un lado, el establecimiento del deber de los Estados de informar y de asistir a las partes que litiguen sin profesionales (art. 19); y de otro lado, la posibilidad de recuperar los gastos de abogado por medio de las costas (art. 14), o de incluir esos gastos en la asistencia gratuita cuando proceda (art. 15), en ambos casos con independencia de que la postulación sea o no preceptiva[45].

5.2. Las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil de 2020 (ELI/UNIDROIT)

La otra iniciativa de carácter normativo (o prelegislativo) en la que vamos a fijarnos son las *Model European Rules of Civil Procedure*, aprobadas en 2020 por el European Law Institute (ELI) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)[46]. Estas Reglas suponen un conjunto sistemático de normas,

---

45. Sobre este último particular, cfr. el capítulo de López Simó, F., en esta obra, titulado «Estándares europeos y asistencia jurídica gratuita».

46. Las *Model European Rules of Civil Procedure* (que llamaremos a veces para abreviar «las Reglas») fueron aprobadas en 2020 por el ELI y el UNIDROIT, y en la web de ambas instituciones figura una versión de 15 de febrero de 2021, con las reglas y un comentario «oficial» —de sus autores— a cada una de ellas: cfr. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf. Este texto ha sido publicado después por Oxford Scholarship Online, en 2021, con el título *ELI - UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure – From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure.* Existe

con las que se ofrece un modelo de proceso civil, que pudiera ser asumido por los distintos países de Europa[47]. Entre sus normas, existe una sección dedicada a la «Representación y Defensa» (dentro del Capítulo 2º, sobre los Principios), formada por las Reglas o los arts. 14 a 16, que, unidos a otros preceptos, nos permiten hacernos una idea de lo que parece razonable y deseable en la materia para los ordenamientos procesales civiles europeos, al menos a las instituciones autoras de las Reglas, las cuales se dedican a mejorar la calidad de la legislación europea, a través de estudios y recomendaciones de desarrollo normativo europeo.

En primer lugar, en la Regla 14 se consagra el derecho a la autodefensa, al expresarse que «*Las partes tienen derecho a comparecer y defenderse por sí mismas, siempre que la necesidad de representación letrada no venga impuesta por ley*». Con esta formulación —según se indica en los comentarios que acompañan a las Reglas— se quiere establecer que la autodefensa sea la regla general y la defensa letrada la excepción. De este modo, la Regla podría tener acomodo en ordenamientos de países de distintas tradiciones jurídicas, permitiendo e integrando tanto las regulaciones en las que se impone legalmente la postulación preceptiva de forma amplia (así en nuestro caso), como las de países en los que la autodefensa se percibe como un aspecto fundamental de la autonomía de las partes (así en los sistemas del *Common Law*).

La Regla 14 es coherente con otras reglas, como la 164, según la cual, para el primer recurso o fase de apelación (*first appeal*), no será necesaria la representación de abogado, a menos que esta viniera impuesta por la ley aplicable (art. 164.1). En cambio, para el segundo recurso o fase de recursos extraordinarios (*second appeal* o casación), la regla es que las partes comparecerán ante el tribunal debidamente representadas por abogado (art. 164.2), dado que las cuestiones debatidas en aquellos son estrictamente jurídicas —y de ordinario de cierta complejidad—[48]. No obstante, el mismo art. 164.1 recoge una salvaguarda para los casos en que la legislación del Estado permita, en efecto, actuar sin abogado en segunda instancia, consistente en que el tribunal podrá exigir que las partes comparezcan por

---

una versión española de las Reglas (que será la que citemos cuando lo hagamos en forma literal), realizada en 2022 por Gascón Inchausti, F., y De Benito López-Llombart, M.: cfr. https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/06/Reglas-en-espan%CC%83ol-2022-28-junio.pdf

47. Acerca del origen y naturaleza de estas Reglas, así como de las principales características del modelo procesal civil que diseñan, cfr. Gascón Inchausti, F., «Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº 1, 2021, pp. 277-297. Este autor entiende que las Reglas no conforman un genuino «Código modelo» de proceso civil, es decir: no son un *código*, pues no regulan todas las instituciones propias de estos procesos; pero sí ofrecen un *modelo* de proceso civil, al contener propuestas sobre cómo articular muchos de sus aspectos (cfr. en especial, pp. 281-286).

48. Las Reglas guardan silencio acerca del tipo de abogado que debe representar a la parte en estos recursos extraordinarios: si debe tener o no algún tipo de cualificación especial, como se requiere en algunos Ordenamientos; de manera que se deja la cuestión a la regulación de las normas nacionales.

medio de letrado, si considera que alguna «*no está en disposición de actuar debidamente por sí misma, o que así lo requiere una correcta administración de justicia*». Parece que en estos supuestos el juez habrá de atender a la capacidad o aptitud de la parte (*ability*) para sostener sus argumentos en la apelación de forma efectiva, teniendo en cuenta la dificultad del asunto y las cuestiones jurídicas implicadas, y así se señala en los comentarios (cfr. comentario 2 a la Regla 14, unido al comentario 2 a la Regla 164). Aquí se reconoce además que, en la práctica, aunque la norma nacional no exija la representación por abogado, es frecuente que se litigue acudiendo a estos profesionales, y que esta cuestión depende —en muchas ocasiones— de cómo se financie este gasto.

De hecho, en las Reglas puede apreciarse una preocupación por la financiación de los gastos de abogado, manifestada al menos en tres puntos.

1º) La Regla 244.2 señala que los gastos derivados de la representación de abogado deben cubrirse por la *asistencia jurídica gratuita* —cuando proceda según la ley aplicable— siempre que sean razonables y proporcionados, aunque no en todos los casos, sí en aquellos en que *las normas exijan su intervención*: sea porque esta se imponga por las leyes estatales aplicables, sea porque se requiere en virtud de una de las Reglas del art. 164, por razón del interés público que protegen, es decir, tanto cuando el juez lo entienda necesario por la complejidad del asunto y la vulnerabilidad del litigante (art. 164.1), como en los supuestos de recursos extraordinarios (art. 164.2).

2º) El art. 245 dispone una serie de reglas relativas a la *financiación de litigios por un tercero* y a las primas de éxito, con las que se busca garantizar medios efectivos de financiación de los pleitos en los que se reclama una pretensión que puede ser viable, y que alcanza a los gastos de representación legal.

3º) En cuanto a las *costas*, las Reglas no se decantan por un sistema objetivo de imposición, sino que se prefiere que sea el juez quien determine en cada caso qué gastos ha de asumir cada parte, en función de cuál haya sido el resultado del proceso, sus circunstancias y la conducta de las partes en él (cfr. art. 241); aunque en todo caso la condena en costas solo puede incluir gastos que sean *razonables* y *proporcionados* (cfr. art. 239.1), y esto también, expresamente, para los honorarios de los letrados (cfr. art. 240.1, b)).

Junto a la regla o art. 14, el art. 15 se refiere a la *representación y defensa ante el tribunal*, y tiene tres apartados. En el primero, se recoge el derecho de las partes a ser representadas por un abogado de su elección, sea esta representación preceptiva o sea voluntaria. Este derecho es acorde, como sabemos, con el derecho dispuesto para el acusado en el art. 6.3, d) CEDH y, aunque no de forma literal, también con el derecho a hacerse aconsejar, defender y representar, del art. 47, II

CDFUE, con proyección en toda clase de procesos en que se tutelen derechos garantizados por el Derecho de la UE. El derecho de la Regla 15.1 comprende la posibilidad de ser representado o asistido por un abogado habilitado para ejercer la profesión en el Estado de que se trate, tenga este letrado un título obtenido en el Estado donde se actúa o ya proceda de otro Estado miembro, siempre que se halle inscrito en el registro que corresponda, conforme a los arts. 2 y ss. de la Directiva 98/5/CE de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título. Y también comprende la posibilidad, cuando se deba actuar ante los tribunales de otro Estado, de que el abogado elegido por la parte cuente con la asistencia activa de un abogado habilitado para ejercer la profesión en el Estado de que se trate[49].

La Regla 15.2 establece que «*Cuando la ley lo permita, las partes podrán hacerse representar o defender en juicio por personas o entidades que no posean la condición de abogado*». De este modo, las Reglas presentan un planteamiento abierto a que las partes sean asistidas técnicamente o representadas por un profesional distinto de un abogado (como sucede en algunas jurisdicciones, con asociaciones autorizadas o con ciertos funcionarios públicos, etc.).

Por último, la Regla 15.3 trata de salvaguardar la independencia profesional del abogado que actúa en juicio representando o defendiendo a una parte. Esto supone que los abogados han de poder cumplir con sus deberes de lealtad y confidencialidad para con el cliente, aun en los casos en que esto choque con los deberes de colaboración con el tribunal, señalados en otras Reglas (cfr. Reglas 6, 9, 51, entre otras); en estos casos, debe darse prioridad al cumplimiento de los deberes del abogado indicados en esta Regla, salvo cuando estén en juego actividades ilegales o delictivas.

El tercer y último precepto de los relativos a la «Representación y defensa» es el art. 16, y se refiere a la audiencia de las partes. Tiene dos apartados, en los que escuetamente se dispone: «*Las partes tienen derecho a ser oídas en persona por el tribunal*» (art. 16.1); y «*El tribunal podrá en todo momento acordar la audiencia de las partes en persona*» (art. 16.2). Así, por un lado, está el derecho de las partes a declarar personalmente ante el tribunal, que es distinto del derecho a la autodefensa (Regla 14). Es decir, cuando una parte ejerce la autodefensa, esta incluye sin duda el derecho de la Regla 16.1; pero, si la parte actúa a través de abogado, ha de tener derecho igualmente a dar su propia versión de los hechos y a hacer decla-

49. Según los comentarios a la Regla 15, se permite que ambos letrados intervengan ante el tribunal; pero este habrá de controlar que su actuación conjunta sea adecuada y no abusiva, pudiendo limitarse o revocarse. En caso de que las versiones de los abogados asistente y asistido difieran, primará, como es lógico, la del letrado asistente, habilitado para ejercer en el Estado donde se actúa.

raciones ante el juzgador con eventual valor probatorio. Suele entenderse así que el derecho a ser oído en persona tiene una doble vertiente, una consistente en la posibilidad de alegar, exponer, razonar, argumentar… en una comparecencia ante el tribunal (*argue*), y otra por la que sus intervenciones y declaraciones en juicio pueden alcanzar eficacia probatoria (*give evidence*)[50].

Y, por otro lado, el tribunal tendrá la facultad de acordar que la parte declare en persona, en una comparecencia, también —claro está— cuando aquella sea asistida por un letrado o un profesional de la justicia. Esta facultad se une a las atribuciones que la Regla 49 otorga al juez para la gestión e impulso del procedimiento, entre las que se encuentra la del ap. 10, que le faculta para «*requerir la comparecencia en persona de las partes o de sus representantes legales, que serán informados previamente de todo lo relativo al procedimiento*».

6. Claves para una reforma de nuestro régimen de autodefensa, conclusiones y propuestas

Acabamos de ver en las páginas precedentes como las posibilidades de ejercer la defensa en un proceso civil por uno mismo son muy limitadas en nuestro Ordenamiento (cfr. epígrafe 2.1), y que esto no es lo que sucede en la mayoría de los países de la UE, pues en 15 de los 27 Estados miembros se permite litigar en primera y en segunda instancia sin la asistencia de letrado (cfr. epígrafe 2.2). También se ha visto que cabe considerar la autodefensa como un derecho de los justiciables, recogido en las normas internacionales que reconocen derechos fundamentales, junto al derecho a la asistencia letrada y el derecho a la asistencia jurídica gratuita, siendo estos tres derechos manifestaciones distintas del amplio derecho fundamental a la defensa en juicio (cfr. epígrafe 3.1); y que los Estados pueden regular los casos en que procede cada una de estas formas de ejercer el derecho de defensa, admitiéndose varias concepciones al respecto, desde aquellas en que el Estado tiene la máxima libertad para limitar los supuestos en que permite la autodefensa, al considerarla más una merma de la forma genuina y principal de ejercer el derecho de defensa (la defensa letrada) que una modalidad defensiva con sustantividad propia e igualmente válida, frente a otras concepciones que subrayan que la decisión sobre el modo de defenderse ha de corresponder principalmente al justi-

50. Los comentarios a estas Reglas se ocupan de los supuestos en que, siendo asistida la parte por un abogado, haya divergencias entre las afirmaciones de este y de aquella. Se sostiene que el tribunal tiene facultades para pedir explicaciones y aclaraciones —a la parte y a su representante o defensor— sobre las divergencias (cfr. Regla 49, en especial ap. 11); y si las contradicciones se mantienen, se distinguen los casos de intervención letrada preceptiva, pues en ellos deberá atenderse a lo expuesto formalmente por el abogado, de aquellos en que es voluntaria y en consecuencia el juez podrá extraer las conclusiones fácticas que crea oportunas a la vista de ambas versiones. En todo caso, de la Regla 118 se deduce que el juez no podrá dar valor probatorio a lo alegado fuera del procedimiento.

ciable, y no al Estado, quien sin duda podrá fijar limitaciones a la autodefensa en juicio, pero siempre de manera «limitada» y cuando concurra con claridad un «interés de la justicia», definido previamente en la ley y apreciado racionalmente en el caso concreto (cfr. epígrafe 3.2).

También se ha examinado como existen normas europeas, vigentes y directamente vinculantes, que establecen procesos civiles transfronterizos en los que el litigante puede actuar enteramente por sí mismo, como son el proceso europeo de escasa cuantía y el proceso monitorio europeo; y de ellas se deduce una visión positiva desde las instituciones europeas hacia la autodefensa en la justicia civil (cfr. epígrafe 4). A la vez, están planteadas varias iniciativas prelegislativas que podrían derivar en —o influir en— futuras normas europeas y que avanzan en la configuración de la autodefensa como un derecho del justiciable en el proceso civil. Así, en la propuesta de Directiva de 2017 sobre normas mínimas comunes, aunque todavía circunscrita a los procesos transfronterizos, se establece que el derecho al abogado de propia elección es de carácter renunciable, por lo que cabe optar por litigar por cuenta propia, siempre que la renuncia a la defensa letrada se preste con ciertos requisitos (que el litigante sea consciente de las consecuencias de su renuncia, que lo haga de forma libre e inequívoca, y que sea revocable); esta posibilidad se prevé al margen de las normas nacionales que exijan la postulación preceptiva, y sin limitarla a un tipo de procesos por razón de la cuantía o de la materia, o a una determinada instancia (cfr. epígrafe 5.1). Y en las Reglas Modelo se da un paso más, y se asienta que, salvo que las leyes estatales impongan otra cosa, la regla general ha de ser la autodefensa y la excepción la defensa letrada, de suerte que este sea el criterio que rija la primera y la segunda instancia de forma general, dejando la asistencia de abogado para los recursos extraordinarios y para aquellos casos en que el juez aprecie su necesidad, bien en atención a la capacidad de la parte para articular su defensa de forma adecuada, bien cuando lo requiera una correcta administración de justicia (cfr. epígrafe 5.2).

Pues bien, a la vista de este recorrido, es el momento de realizar algunas propuestas acerca de la posible traslación a nuestro Ordenamiento de los modelos y criterios que nos vienen desde Europa en esta materia. Son solo algunas conclusiones, necesariamente provisionales e hipotéticas, de quien se ha asomado a este tema con la perspectiva buscada en esta obra, de estudiar si nuestro proceso civil cumple con los estándares y exigencias que se marcan desde instancias europeas, a fin de incrementar la confianza de los demás Estados de la UE en nuestro sistema procesal civil, de cara a facilitar la construcción de un espacio común de justicia civil. Para una mayor claridad expositiva, enumeramos las propuestas.

1. A nuestro juicio, en España podríamos avanzar en la consideración de que la autodefensa es una forma válida de ejercer el derecho de defensa, tan válida como puede ser la defensa letrada. Sería más acorde a los principios que estructuran el proceso civil, dada la naturaleza de los derechos e intereses que se ventilan en es-

tos procesos, que el justiciable tuviera un mayor protagonismo a la hora de decidir si quiere servirse de abogado o si prefiere litigar por cuenta propia, para la defensa procesal de sus derechos. Por supuesto, debe haber ámbitos definidos legalmente en los que la autodefensa no sea admisible de partida, o en los que pueda excluirse por el tribunal *ad casum*, por estar en juego derechos o intereses que trasciendan los intereses particulares del litigante en el caso concreto; pero pensamos que la situación legal actual es demasiado restrictiva para con la autodefensa y no permite apreciar esta institución como positiva ni como *ejercicio de un derecho*, sino más bien como una modalidad defensiva arriesgada, que no queda más remedio que tolerar y en pocos supuestos. Es más, nuestra regulación tampoco permite conceptuar la asistencia letrada como un auténtico derecho, pues se parece más a un deber, al que no cabe renunciar y que se impone en casi todos los casos.

2. Para avanzar en la senda descrita, y que la autodefensa se perciba y opere en la práctica como un derecho, se debería ampliar el ámbito en que se permite legalmente. En esta línea, un primer paso podría consistir en *elevar la cuantía de los juicios verbales* a los que puede acudirse (por razón de la cuantía) sin abogado ni procurador; y ya que se está pensando en reformar el art. 250.2 LEC para que se decidan por juicio verbal las demandas de hasta 15.000 euros (y que no sean relativas a las materias del art. 249.1 ni del art. 250.1 LEC), podrían reformarse igualmente los arts. 23.2, 1º y 31.2, 1º LEC, para que, en ese mismo ámbito de procedimientos, la postulación no fuese obligatoria y las partes pudieran optar por la autodefensa. Sin duda esta modificación legal supondría una ampliación considerable de los casos en que cabe litigar por cuenta propia, constituyendo un cambio grande en nuestra cultura forense, que en modo alguno está planteado en la reforma de la LEC que está en curso. Pero consideramos que podría ser un buen banco de pruebas sobre cómo funciona un margen más amplio de autodefensa en nuestros procesos civiles; además de que nos situaría en el segundo de los bloques referidos de Estados en cuanto a nivel de autodefensa (cfr. epígrafe 2.2), junto a países —como Austria, Alemania, Francia, Holanda— en los que se permite litigar sin abogado en la primera instancia de buena parte de los procesos relativos a cuantías de entre 15.000 y 25.000 euros.

3. No obstante, en los casos en que legalmente se admita la autodefensa, se debería reconocer al *tribunal la facultad* de ordenar la asistencia letrada —al modo del art. 164.1 de las Reglas Europeas— cuando considere que el litigante no está en condiciones de actuar debidamente por sí mismo (sea por su falta de aptitud intelectual o de capacidad volitiva o de conocimientos técnicos con relación a la dificultad del caso…), o cuando entienda que así lo requiere una correcta administración de justicia (por ejemplo, para proteger a terceros sujetos de la prueba, o para garantizar la igualdad procesal, etc.). Esta facultad del tribunal podría servir de contrapeso o de contención frente a posibles situaciones que, pese a derivar del ejercicio de un derecho, se atisben como injustas.

4. La ampliación del ámbito legal en que se permite la autodefensa debe ir acompañada de otros cambios añadidos, de tipo funcional. Como se ha visto, resulta muy conveniente contar con buenos *formularios*, que faciliten el ejercicio del derecho de defensa tanto para las partes activas como pasivas, que estén disponibles y accesibles en distintos lugares y sitios webs, que sean sencillos de cumplimentar, con instrucciones precisas sobre el alcance de cada apartado, el modo de rellenarlo y las consecuencias anudadas al comportamiento de la parte, etc. En este sentido, los formularios previstos en los Anexos del RPEEC y del RPME (cfr. epígrafe 4) pueden ser una buena referencia, con las debidas adaptaciones a los trámites y características de nuestros procesos internos.

5. Unido a lo anterior, el incremento del margen para la autodefensa tiene como complemento necesario que el Estado proporcione a los justiciables *asistencia* y una información adecuada sobre: los tipos de procesos a los que pueden acudir en función de cuál sea la controversia; los tribunales que son competentes para conocer de sus demandas según los casos; por qué plazos de caducidad o de prescripción pueden estar condicionados; en qué supuestos precisamente podrán litigar por sí mismos; dónde podrán obtener los formularios que les permitan actuar sin la asistencia de profesionales y qué órgano o entidad les podrá orientar para cumplimentarlos, etc. Nuestra ley procesal debería recoger tales deberes de asistencia e información, indicando en lo posible quiénes han de prestarlos, siguiendo lo dispuesto en el art. 11 RPEEC (tras la reforma de 2015) y en el art. 19 de la Propuesta de Directiva de 2017.

6. Si la apuntada ampliación de los márgenes de autodefensa resultara satisfactoria, con el tiempo, cabría pensar en una segunda fase, en la que se extendiera la posibilidad de litigar por cuenta propia a la mayor parte de los *procesos ordinarios en primera instancia*. Una posible —e hipotética— forma de hacerlo sería la siguiente: en los juicios verbales determinados por razón de la cuantía, siendo esta inferior a 15.000 euros, las partes no necesitarían abogado ni procurador, según lo expuesto; en cambio, en los juicios verbales por razón de la materia y en la generalidad de los juicios ordinarios, como regla se exigiría la asistencia de profesionales, pero con la posibilidad de renunciar a esta asistencia, optando por la autodefensa, siempre que la renuncia se formulara de manera expresa y cumpliendo los requisitos recogidos en el art. 18.3 de la Propuesta de Directiva de 2017, ya referidos: con conocimiento suficiente de sus consecuencias, siendo voluntaria e inequívoca, y con la garantía de poder revocarla en cualquier momento del proceso. Sin duda una propuesta así conllevaría una reforma procesal mucho más honda, y por tanto complicada. Habría que determinar varios extremos añadidos o derivados de la opción indicada (entre otros, por ejemplo, en qué medida podrían ampliarse las alegaciones de hecho o de derecho si se pasa a una segunda instancia con abogado). Pero serviría para configurar la autodefensa como un derecho

ejercitable con carácter general en primera instancia, con el consiguiente ahorro de los gastos de defensa y representación en los casos en que se acogiera.

7. Por supuesto, la renuncia recién referida debería *excluirse* de inicio en aquellos procesos civiles para los que no se vea conveniente. Además de quedar fuera de los procesos especiales (piénsese en lo inapropiado que resultaría en los procesos de materias indisponibles), tampoco debería aplicarse en procesos sobre materias cuyo derecho sustantivo y procesal es especialmente complejo, o está especialmente «profesionalizado» (como sucede con las materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil: cfr. art. 86 ter LOPJ); e, igualmente, por razón de la cuantía, podría fijarse una suma por encima de la cual, por la entidad del interés económico implicado, tampoco pudiera renunciarse a la asistencia letrada.

8. Para terminar, quisiéramos señalar aquí algo ya apuntado en otros lugares previos de este trabajo, y es que la ampliación de los márgenes de autodefensa debería acompañarse de una reforma legal para que los gastos de defensa y representación pudieran ser incluidos en las *costas*, y así fueran reembolsables, también cuando la intervención de profesionales no sea preceptiva. Esto no solo porque también es un estándar que se aprecia en las iniciativas europeas estudiadas (cfr. art. 14 de las Normas mínimas), sino además porque es la manera de que se opte por la autodefensa como ejercicio de un derecho y no por ser algo forzado a causa de la dificultad económica que supone financiar los gastos de representación y defensa.

7. Bibliografía

ACHÓN BRUÑÉN, M. 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* nº 119, 2016, p. 1-14.

ARANGÜENA FANEGO, C., «La efectividad del acceso a la justicia: autodefensa, defensa técnica y asistencia jurídica gratuita», *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 287-332.

FERNÁNDEZ CARRON, C., «Sabio consejo a consumidores y, en especial, a personas físicas titulares de créditos transfronterizos que no ostenten tal condición: no optéis por el proceso europeo de escasa cuantía», *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, justicia civil y derechos fundamentales*», Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 139-185.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «Un nuevo instrumento para la tutela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía», *Ius et Praxis*, vol. 14, nº 1, 2008, p. 167-197.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre*

autonomía y armonización, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Gascón Inchausti, F., «Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº 1, 2021, pp. 277-297.

Gascón Inchausti, F. y Requejo Isidro, M., «A Classic Cross-Border Case: the Usual Situation in the First Instance», *An Evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgements and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law (https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/531ef49a-9768-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en)*.

González García, S., «La propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes en el proceso civil ¿hacia un derecho procesal civil europeo?», *Revista General de Derecho Procesal,* nº 49, 2019, pp. 1-22.

López Sánchez, J., *La regulación del proceso monitorio y su aplicación por los tribunales*, La Ley, Madrid, 2019.

Petit de Gabriel, E. W., «¿Derecho a la autodefensa o defendido por obligación? (Des)control del margen de apreciación y fragmentación entre los sistemas de garantía de derechos humanos», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XIX, 2019, pp. 211-290.

Valencia Mirón, A. J., «El proceso europeo de escasa cuantía», *Tutela judicial del crédito en la Unión Europea,* Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 259-358.

Vegas Torres, J. (con otros autores), *El proceso de escasa cuantía. Comentarios al Reglamento (CE) nº 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007*, Dykinson, Madrid, 2010.

Capítulo 4 | Influencia de los estándares europeos en el régimen procesal español de notificaciones

*María Luisa Villamarín López**

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN: EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LOS DERECHOS DE LAS PARTES EN MATERIA DE NOTIFICACIONES. 2. RADIOGRAFÍA DE LOS SISTEMAS DE NOTIFICACIONES EN LA UNIÓN: PROBLEMAS DETECTADOS POR EL LEGISLADOR EUROPEO. 3. ESTÁNDARES EUROPEOS EN MATERIA DE NOTIFICACIONES. 4. INFLUENCIA DE LOS ESTÁNDARES EUROPEOS EN EL RÉGIMEN ESPAÑOL DE NOTIFICACIONES. 5. LA JERARQUÍA DE LOS MÉTODOS DE NOTIFICACIÓN. 6. LA PRÁCTICA DE LOS DIVERSOS MÉTODOS DE NOTIFICACIÓN: 6.1. Práctica de las notificaciones electrónicas: *6.1.1. Las notificaciones electrónicas entre los órganos judiciales; 6.1.2. Las notificaciones electrónicas con las partes;* 6.2. La práctica de las notificaciones personales: la influencia de los estándares europeos en las notificaciones a receptores subsidiarios; 6.3. La práctica de métodos ficticios de notificación. 7. LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN FRENTE A LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN REBELDÍA. 8. OTROS ESTÁNDARES EUROPEOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL DEMANDADO EN MATERIA DE NOTIFICACIONES: 8.1. Contenido básico de la notificación; 8.2. La protección frente a la indefensión. 9. ADAPTACIÓN INTERNA A LAS EXIGENCIAS DEL REGLAMENTO 2020/1784 SOBRE NOTIFICACIONES: 9.1. Comunicación electrónica con autoridades de los Estados Miembros a través de E-Codex; 9.2. Asistencia en la determinación de la dirección del destinatario de la notificación; 9.3. Notificaciones a particulares; 9.4. Gastos de notificación o traslado; 9.5. El uso de la lengua en las notificaciones; 9.6. Notificaciones infructuosas; 9.7. Plazo para ejercitar la facultad de solicitar la exención de la preclusión respecto de las sentencias dictadas en rebeldía. 10. CONCLUSIONES. 11. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción: el necesario equilibrio entre los derechos de las partes en materia de notificaciones

La efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, no sólo en su manifestación inicial como derecho de acceso a la jurisdicción (entre otras, SSTC 148/1995, de 16 de octubre; 6/2008, de 21 de enero; 180/2015, de 7 de septiembre), sino también en su reflejo en momentos ulteriores del proceso, como garantía del de-

* Catedrática de Derecho Procesal – Universidad Complutense de Madrid

recho a los recursos legalmente previstos[1] y del derecho a la ejecución[2], requiere de un adecuado sistema de notificaciones. Sin él no hay proceso justo, ya que se quebranta la necesaria contradicción procesal, que garantiza el derecho de defensa de las partes, y se rompe con la exigencia de igualdad entre ellas (STC 268/200, de 13 de noviembre): de este modo, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en todo proceso civil hay que garantizar que se haya «brindado una oportunidad razonable para tener conocimiento y poder comentar sobre las observaciones hechas por la otra parte y las pruebas por ella introducidas y presentar su caso en condiciones que no lo coloquen en una sustancial posición de desventaja frente a su oponente» (Asunto *Gankin y otros c. Rusia*, de 31 de mayo de 2016[3]).

La necesidad de ajustarse a estas garantías esenciales compromete no sólo a los encargados de realizar estas notificaciones (órganos judiciales o sujetos a los que las leyes les encomiendan estas tareas —como ocurre en nuestro país con los Letrados de la Administración de Justicia y los procuradores—) sino también al propio legislador que ha de regular esta materia y, por último, también a las partes involucradas en el proceso.

---

1. Señala así el Tribunal Constitucional en su STC 6/2019, de 17 de enero, recordando su doctrina que, «para evitar que se produzca la indefensión prohibida por el Art. 24.1 C.E., que se caracteriza, precisamente por una privación o limitación del derecho de defensa (SSTC 48/1984, 181/1994 y 39/1995, entre otras), el derecho constitucional a los recursos no sólo garantiza su posible interposición sino que se trata de una garantía efectiva en orden a la tutela judicial, a cuyo fin adquieren una especial trascendencia los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, tanto respecto de quienes aún no lo son y han de ser emplazados como respecto de aquellos a los que ha de darse traslado de las resoluciones judiciales a los efectos de un posible recurso contra las mismas (SSTC 9/1991, 126/1991 y 17/1992, entre otras muchas)» [STC 229/1998, de 1 de diciembre].

2. Son numerosas las Sentencias del Tribunal Constitucional en las que este tribunal ha tenido ocasión de aplicar su doctrina sobre las notificaciones a la ejecución (en particular, a la hipotecaria). Así, por ejemplo, señalaba en su Sentencia 6/2017, de 16 de enero, que: «es necesario que el órgano judicial agote los medios que tenga a su alcance para notificar al ejecutado la existencia del proceso en su domicilio real, de modo que, una vez que surjan dudas razonables de que el domicilio señalado en la escritura del préstamo hipotecario y que figura en el Registro sea el domicilio real del ejecutado, le es exigible que intente, en cumplimiento del deber de diligencia que en orden a la realización de los actos de comunicación procesal le impone el Art. 24.1 CE, el emplazamiento personal del ejecutado en el domicilio que figure en las actuaciones, distinto del que consta en la escritura de préstamo hipotecario y en el Registro» (…) «Desde una estricta perspectiva constitucional, procede realizar una interpretación *secundum constitutionem* del art. 686.3 LEC, integrando su contenido, de forma sistemática, con el Art. 553 LEC, precepto rector de la llamada al proceso de ejecución hipotecaria, y con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación edictal, la cual tiene su fuente directa en el derecho de acceso al proceso del Art. 24.1 CE, de manera que la comunicación edictal en el procedimiento de ejecución hipotecaria sólo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del deudor o ejecutado.» En igual sentido, por ejemplo, en SSTC 245/2006, de 24 de julio, FJ 4; 104/2008, de 15 de septiembre, FJ 3, y 28/2010, de 27 de abril, FJ 4; 131/2014, de 21 de julio, FJ 4; 137/2014, de 8 de septiembre, FJ 3, y 89/2015, de 11 de mayo, FJ 3; STC 150/2016, de 19 de septiembre, FJ 2.

3. Appl. Nums. 2430/06, 1454/08, 11670/10 y 12938/12.

En primer lugar, implica a los tribunales y, en particular, a quienes están directamente encargados de realizar materialmente las tareas de notificación, que no sólo deberán cuidar que el envío sea correcto sino también que el destinatario lo reciba de forma adecuada y, en su caso, incluso, que quede suficientemente informado de la comunicación judicial. Como señala el Tribunal Constitucional, el art. 24 CE «impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en su realización que asegure en la medida de lo posible la recepción de las comunicaciones procesales por sus destinatarios» (STC 149/2002, de 15 de julio).

En segundo lugar, el legislador está llamado a construir un sistema adecuado de notificaciones y a revisarlo periódicamente para ir perfeccionándolo en la medida de lo posible, en una labor de ajuste a las circunstancias y necesidades que vayan surgiendo en cada momento histórico (por ejemplo, ante un cambio en la doctrina jurisprudencial, como fruto de avances tecnológicos o, como ha ocurrido en estos últimos meses a raíz del Covid-19, por la limitación de movimientos derivada de una situación sanitaria excepcional). En este sentido, en los últimos años se han llevado a cabo varias reformas legales como consecuencia de las reiteradas llamadas de atención del Tribunal Constitucional (e, incluso, del TEDH a España), que apreció la contradicción de varias normas de la LEC con el Art. 24 CE, ya que no garantizaban una comunicación suficientemente efectiva[4].

En tercer y último lugar, la actitud de las partes también juega un papel importante en esta tarea: su diligencia o su mala fe no resultan indiferentes a la hora de juzgar sobre la validez de las notificaciones. Es preciso, por tanto, que sepan cuáles son sus cargas o deberes para que el sistema funcione mejor y tengan claras las consecuencias de sus posibles conductas. Por ejemplo, poniendo el foco en el quehacer del demandado, el Tribunal Constitucional ha señalado en más de una ocasión que habrá que atender a su diligencia «y al conocimiento extraprocesal que haya podido tener de la existencia de éste, pues no puede resultar acreedor de la protección del amparo constitucional quien contribuyó de manera activa o negligente a causar la indefensión de la que se queja al no comparecer en un procedimiento del que tenía conocimiento por cauces diferentes del emplazamiento personal o del que habría podido tener conocimiento si hubiera actuado con una mínima diligencia» (STC 149/2002, de 15 de julio). Por su parte, el demandante tiene la carga de identificar el o los posibles domicilios del demandado, así como «cuantos datos conozca del demandado y que puedan ser de utilidad para la localización de éste, como números de teléfono, de fax, dirección de correo electrónico o similares (…)» (Art. 155.2 LEC). Con mayor detalle explica el Tribunal Supremo sobre este extremo que: «el actor tiene la carga procesal de que se intente dicho

4. Como analizaremos en detalle más adelante, así ha ocurrido, entre otros, con los Arts. 155.3 LEC y 686.3 LEC.

acto en cuantos lugares existe base racional suficiente para estimar que pueda hallarse la persona contra la que se dirige la demanda y debe desplegar la diligencia adecuada en orden a adquirir el conocimiento correspondiente, aunque no cabe exigirle una diligencia extraordinaria (STS 3 de marzo de 2009)» puesto que, «de no hacerlo así se entiende que el demandante ha incurrido en ocultación maliciosa constitutiva de la maquinación fraudulenta que puede dar lugar a la revisión de la sentencia. En suma, la maquinación fraudulenta consistente en la ocultación maliciosa del domicilio del demandado concurre objetivamente no solo cuando se acredita una intención torticera en quien lo ocultó, sino también cuando consta que tal ocultación, y la consiguiente indefensión del demandado, se produjo por causa imputable al demandante y no a aquel». De todas estas cuestiones nos ocuparemos *in extenso* en este trabajo.

Ahora bien, aunque con todo esto se procure reforzar al máximo el derecho de defensa del demandado, puede llegar un punto en el que, si aseguramos su protección de forma incondicional, el proceso no podría continuar: si, tras todas las investigaciones y esfuerzos posibles, no pudiera encontrarse al demandando, habría que paralizar el proceso hasta su efectiva localización, afectándose así otra de las manifestaciones del derecho a la tutela efectiva: el derecho de acceso a la justicia del demandante. Por este motivo, tanto nuestra jurisprudencia constitucional española como la europea coinciden en afirmar que estos derechos fundamentales no son absolutos, al menos en el ámbito del proceso civil del que aquí nos ocupamos[5]. Señala en este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) que «no cabe concebir los derechos fundamentales, como es el caso del respeto del derecho de defensa, como prerrogativas absolutas, sino que puedan implicar restricciones. No obstante, tales restricciones deben responder efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida de que se trate y no constituir, habida cuenta del objetivo que se pretende alcanzar, un menoscabo desproporcionado a los citados derechos» (Asunto *G. c. Cornelius de Visser*, de 15 de marzo de 2012 (C-292/10)). Se entiende, así, que no cabría obstaculizar de forma total el derecho de acceso a la jurisdicción del actor siempre que no pudiera localizarse al demandado por los medios legalmente disponibles ya que dejaría a este derecho vacío de contenido. En este mismo sentido indica el TJUE que constituye un «objetivo de interés general» en la Unión «la finalidad de evitar la situación de denegación de justicia en que se encontraría el demandante cuando sea imposible localizar al demandado» (Asunto *Hypoteční banka a.s.y Udo Mike Lindner*, de 17 de noviembre de 2011 (C-327/10), apartado 51). Por tanto, ante esta pugna de

5. Adviértase que en el proceso penal las exigencias derivadas del derecho de defensa son con frecuencia diversas, de tal forma que en no pocos ordenamientos (como ocurre en el nuestro) no basta con una adecuada notificación al acusado, sino que se exige su presencia física para poder celebrar el juicio oral, régimen que sólo se salva en los supuestos de delitos de escasa relevancia punitiva. Véase sobre esta cuestión un estudio comparado en QUATTROCOLO, S. Y RUGGERI, S., *Personal participation in criminal proceedings*, Ed. Springer, 2019.

intereses contrapuestos, es unánime la conclusión de que, agotados todos los medios disponibles en las leyes procesales y desplegada toda la diligencia posible (así en STEDH Asunto *Klopstra c. España*: una vez que «hubieran adoptado las medidas que se podía esperar legítima y razonablemente de ellas»), podrá iniciarse o continuarse el proceso civil a instancias de un demandante diligente y que ha actuado sin mala fe, siempre que se salvaguarden las oportunidades del demandado de ser notificado en un momento posterior si, llegado este punto, justifica que no fue notificado oportunamente por razones que no le son imputables. Sobre estas cuestiones trataremos en detalle en el apartado IV de este trabajo.

En suma, como se desprende de lo dicho hasta este momento, la regulación de las notificaciones es una cuestión compleja porque, para que sea eficaz, ha de respetar un equilibrio no siempre fácil de alcanzar entre el derecho del demandado a ser informado del proceso para poder defenderse oportunamente (precisando así que las autoridades encargadas de esta tarea desplieguen toda la diligencias posible para conseguir el éxito de las comunicaciones) y el del demandante a obtener una tutela efectiva (debiendo evitarse retrasos excesivos o inútiles que obstaculicen innecesariamente su derecho de acceso al proceso). Esta complejidad, si cabe, se acrecienta en el ámbito transfronterizo. Por todo ello, en los últimos años se han hecho esfuerzos importantes tanto por el legislador como por el TJUE y el TEDH para ir definiendo algunos estándares que sirvan de mínimo común denominador en Europa y que pueden tener su reflejo tanto en los procesos transfronterizos como en los internos. Partiendo del análisis del panorama legal y jurisprudencial europeo sobre esta materia, nos proponemos en este trabajo brindar, en la medida de lo posible, algo de luz sobre cómo podría mejorar el régimen español de las comunicaciones de conformidad con estos estándares europeos.

2. Radiografía de los sistemas de notificaciones en la Unión: problemas detectados por el legislador europeo

Tras años en los que las notificaciones europeas se regulaban de forma convencional, los esfuerzos del legislador europeo culminaron con la aprobación de un Reglamento en 2000 (Reglamento 1348/2000, de 29 de mayo), que supuso, sin duda, un avance muy importante en la cooperación transfronteriza, dado que instauró un modelo de transmisión y notificación flexible entre los Estados Miembros de la Unión Europea, favorable a la transmisión directa entre autoridades nacionales, y que se tramitaba a través de un procedimiento sencillo y ágil[6]. Este texto fue supe-

6. Véase con más detalle sobre los antecedentes del Reglamento 1393/2007 Aguilera Morales, M., y Cubillo López, I., Capítulo III: «Transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales a efectos de notificación y traslado», en De la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil Europeo. Vol. II: Acceso a la justicia y auxilio judicial en la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, 2011, pp. 177 a 179. Para un estudio más detallado sobre el Reglamento de

rado años más tarde por el Reglamento 1393/2007, de 13 de noviembre, en el que se salvaban muchas de las deficiencias del anterior, si bien no se resolvían suficientemente algunas cuestiones de relevancia, como la eficacia de las nuevas tecnologías como método para practicar notificaciones ni se ofrecían soluciones armonizadas en ámbitos que las precisaban por ser objeto de regulaciones nacionales muy dispares[7]. De hecho, los operadores jurídicos de la Unión, preguntados años después sobre la eficacia de las herramientas introducidas por dicho Reglamento, mostraban un alto grado de satisfacción (más o menos de un 70%[8]), si bien coincidían mayoritariamente en la lentitud del procedimiento (así, calculaban que de media se estimaba de 3.3 meses para notificar documentos en procedimientos transfronterizos UE[9]) y en la existencia de algunas otras dificultades no menos destacadas que valía la pena salvar.

Era, por ende, preciso identificar los principales escollos que dificultaban las comunicaciones transfronterizas y, con este, fin desde 2016 a 2018 se acometieron al menos cuatro estudios de campo de gran calado en Europa: el Informe de Impacto de la Comisión Europea[10], el Informe Final del Estudio comparado sobre los sistemas de notificación, realizado por el DMI y las Universidades de Florencia y Uppsala en octubre de 2016[11], el Estudio de apoyo al Informe de Impacto, preparado por Deloitte en Junio de 2018[12], y el conocido como Informe Luxemburgo, de Junio de 2017[13].

Estos trabajos pusieron de relieve de forma unánime que los principales problemas que dificultaban una eficaz aplicación de las normas sobre notificaciones transfronterizas eran los siguientes:

2000, véase Marchal Escalona, N., *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Ed. Comares, 2002.

7. Cfr. Aguilera Morales, M., y Cubillo López, I., Capítulo III, *op.cit.*, p. 178.

8. Cfr. «Estudio de apoyo al Informe de Impacto», preparado por Deloitte en junio de 2018, p. 36.

9. Cfr. «Estudio de apoyo al Informe de Impacto», preparado por Deloitte en junio de 2018, p. 37.

10. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT: impact assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents) {COM(2018) 379 final}, de 31 de mayo de 2018. Véase en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2018:287:FIN.

11. Informe Final del Estudio comparado sobre los sistemas de notificación, realizado por el DMEI en octubre de 2016 (JUST2014/JCOO/PR/CIVI/0049). Puede consultarse en: https://www.mpravde.gov.rs/files/Analiza%20Evropske%20Komisije%20u%20vezi%20sa%20dostavljanjem%20dokumenata.pdf.

12. European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, «Study to support the preparation of an evaluation and impact assessment for the modernization of the judicial cooperation in civil and commercial matters: service of document», Publications Office, 2018, https://data.europa.eu/doi/10.2838/444480.

13. «An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law Report prepared by a Consortium of European universities led by the MPI Luxembourg for Procedural Law as commissioned by the European Commission» (JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082). Véase en: https://ec.europa.eu/newsroom/just/redirection/document/49503. En adelante, Informe Luxemburgo.

a) Lentitud[14]. Su origen era muy variado. En primer lugar, debido a la escasa implantación de los medios tecnológicos, ya que, aunque en el Reglamento de 2007 invitaba a emplearlos y no pocos países los permitían (y usaban) en el contexto nacional, en la práctica transfronteriza era poco habitual acudir a ellos. De hecho, según el Informe de Impacto, el 88% de los Estados señalaban que no existía obstáculo legal en su Derecho interno, pero en la práctica sólo lo usaban el 38%. En segundo lugar, se señalaba el impacto negativo de la falta de medios para buscar la dirección del destinatario y la falta de claridad en la regulación de las notificaciones postales (y en los retrasos debido a servicios de correos nacionales inoperantes), en particular ante las diferencias en la calidad de los servicios de correos en los diversos Estados Miembros[15]. Estos retrasos no sólo suponían un gran impacto económico para los sistemas judiciales nacionales sino también para las partes, por su repercusión en el tráfico comercial de la Unión[16].
b) Falta de estándares mínimos en la práctica de algunos métodos de notificación. En no pocos casos, la falta de normas comunes provocaba que los ciudadanos recibieran un trato desigual en los distintos Estados Miembros. Piénsese, por ejemplo, en cuestiones tan relevantes como la falta de una regulación común sobre el contenido de lo que se notifica por vía postal en el primer emplazamiento —o el de los acuses de recibo que los atestiguan—[17], en relación a las notificaciones personales (por ejemplo, para determinar a quién se puede notificar válidamente —si ha de ser adulto o no, por ejemplo—), en cuanto a la admisibilidad de los métodos subsidiarios o ficticios (fijación de sus estándares mínimos) o en cuanto a los costes del servicio de comunicación.
c) Ausencia de mecanismos legalmente previstos para averiguar el domicilio del demandado en el contexto de las notificaciones europeas. Pese a que a nivel interno casi todos los regímenes legales establecían la obligación de que las autoridades se esforzaran por localizar el domicilio del destinatario de la comunicación, no siempre se hacían los intentos suficientes a nivel transfronterizo[18]. Esta situación acarreaba dos importantes consecuencias: primera, que con mucha frecuencia era imposible acudir al Reglamento 1393/2007, dado que su Art. 1.2 señalaba que no era de aplicación «cuando el domicilio de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento sea desconocido», o, si,

---

14. En este sentido, se señalaba en el Informe Luxemburgo que: «the general perception is that, more often tan desirable, the SR does not work smoothly; this would be the case of some MS» («la percepción general es que, de forma más frecuente de lo deseado, el Reglamento de Notificaciones no funciona fluidamente; este es el caso especialmente en algunos EEMM»; *la traducción es nuestra*). Cfr. en Informe Luxemburgo, *op.cit*., p. 55.

15. Informe de Impacto de la Comisión (COM (2018) 379 final), p. 16.

16. Adviértase que, como se señalaba en el Informe de Impacto de 2018, en 2018 ascendían a 3,4 millones de procesos civiles y mercantiles con implicaciones transfronterizas (p. 7).

17. Informe Luxemburgo, *op.cit.,* p. 58.

18. En el Informe Luxemburgo, *op.cit.,* p. 56.

pese a eso, si se trataba de aplicar, causaba dificultades significativas dada la disparidad en las regulaciones nacionales sobre quién tiene que prestar este auxilio o dado el distinto trato dispensado por los Estados Miembros cuando se comprueba que la incorrección o la obsolescencia de los datos sobre el domicilio que constaban en las actuaciones[19]; y, segunda, que gran número de procesos tenía que celebrarse en rebeldía del demandado en este contexto transfronterizo[20].

d) Empleo abusivo por parte de los destinatarios de las notificaciones del motivo del idioma como causa de rechazo de las peticiones europeas de notificación[21].

3. Estándares europeos en materia de notificaciones

El conocimiento de las dificultades que habían ido surgiendo desde la aprobación del Reglamento de notificaciones de 2007 hizo que se fuera progresivamente trabajando para salvar estos problemas; primero, a través de la construcción de un cuerpo jurisprudencial dimanante del Tribunal de Justicia sobre esta materia (que incorporaba a su vez la doctrina ya sentada por el TEDH) y, más recientemente, a nivel normativo con la aprobación de un nuevo texto sobre notificaciones transfronterizas: el Reglamento (UE) 2020/1784, de 25 de noviembre de 2020[22] (en adelante, RN). Fruto de estos esfuerzos, las notificaciones transfronterizas se llevarán a cabo en la Unión Europea con arreglo a las siguientes notas:

a) Opción preferente de la notificación y transmisión de documentos a través de medios electrónicos («digital-by-default»), en un claro intento por impulsar la celeridad del procedimiento. En una apuesta muy decidida por el empleo de las nuevas tecnologías, el Reglamento de 2020 obliga a las autoridades transmisoras y receptoras a comunicarse entre sí por medios electrónicos a través de un sistema interoperable y descentralizado que conectará a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros, conocido como E-Codex[23]. Se

---

19. Informe de Impacto de la Comisión (COM (2018) 379 final), pp. 11 y 12.

20. Informe de Impacto de la Comisión (COM (2018) 379 final), p. 44.

21. Informe de Impacto de la Comisión (COM (2018) 379 final), p. 20; en igual sentido, Informe de Deloitte, p. 30.

22. Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») (versión refundida). DOUE-L-2020-81762, núm. 405. En: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2020-81762.

23. Este sistema no es una novedad ya que ya estaba funcionando desde hace unos años como proyecto piloto en algunos países (en concreto, en 21 países de 2010 a 2016). Su regulación no se agota ni mucho menos en el RN, sino que ha sido ampliamente desarrollada en varias normas recientes: a) Propuesta de Reglamento sobre un sistema informático de comunicación en procesos civiles y penales transfronterizos (sistema E-Codex), de 2 de diciembre de 2020 (tras la adopción de la recomendación sobre justicia digital); y b) Pro-

trata, de acuerdo con su definición en el art. 2 del RN, de «una red de sistemas informáticos nacionales y puntos de acceso interoperables, que opera bajo la responsabilidad y la gestión individuales de cada Estado miembro y permite un intercambio transfronterizo de información seguro y fiable entre los sistemas informáticos nacionales». Se impone con tal intensidad que sólo cabe eludir su empleo cuando se produzca una interrupción del sistema o concurran circunstancias excepcionales (Art. 5.4 RN), en cuyo caso podrán realizarse las notificaciones por las «vías alternativas más adecuadas», entre las que se cuentan otros «medios electrónicos seguros» o el «servicio postal». Para reforzar su eficacia, se establece además la imposibilidad de denegar efectos jurídicos y de considerar inadmisibles como pruebas a documentos transmitidos por E-Codex (Considerando 16 y Art. 6 RN).

Aunque en este segundo ámbito no se opera con E-Codex, el RN invita a los Estados a favorecer el empleo de medios electrónicos también para la notificación directa a los destinatarios (por ejemplo, a través de direcciones electrónicas habilitadas para este fin, de plataformas estatales de notificación o del correo electrónico), siempre que lo permita el derecho del Estado miembro del foro y se cumplan una serie de exigencias que analizaremos en detalle en el apartado siguiente (Art. 19 RN)[24].

b) Refuerzo de los presupuestos que permiten el reconocimiento mutuo de las notificaciones, limitando al máximo las razones por las que cabe rechazar los documentos que se trasladan o notifican —que se limitan las razones de diversidad lingüística[25] (Considerando 23 RN)—. Con todo, en este punto se podría haber avanzado más si se hubiera previsto en el Reglamento un modelo común de acuse de recibo en toda la UE, como se propuso durante los trabajos preparatorios del Reglamento.

c) Huida de las notificaciones ficticias. En línea con lo decidido años antes en el Asunto *Alder* (C-325/11, 19 de diciembre de 2012), el nuevo Reglamento prohíbe los métodos de notificación ficticios tales como la fijación de un anuncio en el tablón de anuncios del juzgado o su depósito en el archivo judicial tal y como se apuntan en el Considerando 7º del Reglamento.

d) Aplicación de métodos más eficaces de notificación. Varios son los escollos que había que salvar para que realmente las notificaciones llegaran a buen fin. En primer lugar, como antes apuntamos, con mucha frecuencia no se conocía

---

puesta de Reglamento sobre un sistema informatizado para la comunicación en los procedimientos civiles y penales transfronterizos, de 28 de mayo de 2021.

24. Muy interesante estudio sobre los métodos electrónicos de notificación en la mayor parte de los países europeos y en otros de fuera de la Unión el realizado por Gascón Inchausti, F., «Electronic service of documents. National and international aspects», en Kengyel, M. y Nemessanyi, Z., *Electronic Technology and Civil Procedure: new paths to justice form around the world*, Ed. Springer, 2012.

25. Sobre esta cuestión, puede leerse en detalle a Aguilera Morales, M., «El Reglamento UE/2020/1784, sobre notificaciones y traslado de documentos: novedad e implicaciones internas», *Revista General del Derecho*, nº 53, mayo 2022, pp. 20 y ss.

la dirección del destinatario de la comunicación y no había medios que facilitaran su búsqueda, por lo que no cabía aplicar el Reglamento de 2007; pues bien, para salvar esta primera dificultad, los Estados Miembros quedan obligados a asistir en la determinación del domicilio, tarea que podrán acometer en cualquiera de las tres formas allí previstas y que decida cada Estado (Art. 7)[26]. En segundo lugar, se refuerzan las herramientas que eviten acudir a medios subsidiarios de notificación, exigiendo a las autoridades competentes que hayan hecho «todo esfuerzo razonable» (Art. 22.2.c) RN[27]) para localizar e informar al destinatario de la comunicación y que, en todo caso, incluye el empleo de «cualquier canal de comunicación disponible, incluidas las tecnologías de comunicación modernas, en la dirección o a través de una cuenta de que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto tenga conocimiento» (Considerando 35 RN[28]).

e) Mejor defensa de los derechos de los demandados. Además del refuerzo que supone para los derechos del destinatario de la comunicación que se exija un mayor esfuerzo en su localización, durante estos últimos años la doctrina del TJUE ha reforzado especialmente otros dos derechos: el derecho a conocer debidamente el contenido de la notificación y el derecho a negarse a aceptar la notificación. El primero, consagrado tras la doctrina dimanante del Asunto *Henderson*[29], se define de la forma siguiente: «no sólo es preciso procurar que el destinatario de un documento lo reciba realmente, sino también que se le permita conocer y comprender de forma efectiva y completa el sentido y alcance de la acción ejercitada contra él en el extranjero, de manera que pueda preparar oportunamente su defensa y ejercer efectivamente sus derechos en el

---

26. Así, quedan obligados a optar entre una de los tres siguientes formas, información que deberán facilitar a la Comisión para poder darle publicidad en el Portal Europeo: «a) designando autoridades a las que los organismos transmisores puedan dirigir solicitudes para determinar la dirección de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento; b)permitiendo que personas de otros Estados miembros presenten solicitudes de información, incluso por vía electrónica, sobre direcciones de las personas a las que haya de notificarse o trasladarse el documento, bien directamente a registros con información domiciliaria, bien a otras bases de datos de consulta pública mediante un formulario normalizado disponible en el Portal Europeo de e-Justicia, o c) proporcionando información detallada, a través del Portal Europeo de e-Justicia, sobre cómo encontrar las direcciones de las personas a las que haya de notificarse o trasladarse el documento» (Art. 7.1 RN).

27. Exigencia que viene reforzada en la versión inglesa del texto (que, como hemos señalado *supra*, exige «every reasonable effort»), mientras que el texto en castellano impone un deber algo más edulcorado.

28. Este texto del Considerando 35º formaba parte del Art. 19 de la Propuesta de Reglamento de 2018. En concreto, constaba en su tercer apartado. Cfr. Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1393/2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») {SEC (2018) 272 final}, de 31 de mayo de 2018. Véase en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0379&from=ES.

29. Asunto *A. M. Henderson y Novo Bank S.A.*, de 2 de marzo de 2017 (C-354/15).

Estado miembro de origen»[30]. También en el Asunto *Henderson* se consagró el segundo derecho[31], el derecho a ser informado de su facultad de negarse a aceptar la notificación, que se materializa en el Reglamento de 2020 en el Formulario L, que recoge esta facultad de negativa, prevista en el Art. 12 de su articulado[32].

Con todo, se ha perdido una buena oportunidad de incorporar otras herramientas para mejorar la defensa del demandado, como, por ejemplo, una norma sobre el plazo de exclusión de la preclusión del Art. 22 RN (ya que únicamente se ha establecido un límite mínimo) o la previsión de nuevas vías para informar al demandado de la existencia de un proceso abierto frente a él, tal y como se preveía en la Propuesta de Reglamento, en la que, de forma amplia, se facultaba el uso de «cualquier canal de comunicación disponible», abriendo camino a cualquier tipo de tecnología que pudiera servir a este fin (incluyendo el uso de redes sociales)[33].

4. Influencia de los estándares europeos en el régimen español de notificaciones: posibles ámbitos de actuación

Pese a los esfuerzos y avances realizados por la Unión Europea en esta materia, la regulación de los sistemas de notificaciones nacionales sigue siendo competencia de cada legislador nacional: es la normativa interna la que define, entre otras cuestiones, cuáles son los métodos que han de emplearse o su jerarquía, sin que desde Europa se aspire a salvar, al menos por el momento, las posibles diferencias que presentan los diversos regímenes previstos en los Estados Miembros. Con todo, lo

---

30. En igual sentido en la STJUE de 16 de septiembre de 2015, *Alpha Bank Cyprus* (C-519/13), así como el Auto de 28 de abril de 2016, *Alta Realitat* (C-384/14).

31. Así, entendió que: «Tanto de la anterior consideración como de la finalidad que persigue el formulario normalizado que figura en el anexo II del Reglamento 1393/2007, tal como se ha descrito en los apartados [53 y 54] de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia dedujo que el organismo receptor está obligado, en todos los supuestos y sin disponer de margen alguno de apreciación al respecto, a informar al destinatario de un documento de su derecho a negarse a aceptarlo, utilizando sistemáticamente para ello el formulario normalizado».

32. Artículo que señala lo siguiente: «Si el documento no está redactado en una lengua a que se refiere el apartado 1, letra b), o no va acompañado de una traducción a dicha lengua, el organismo receptor informará al destinatario del derecho previsto en el apartado 1, adjuntando al documento que deba notificarse o trasladarse el formulario L del anexo I, en las lenguas siguientes: a) la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del Estado miembro de origen, y b) una lengua a que se refiere el apartado 1, letra b).
Si se indica que el destinatario entiende una lengua oficial de otro Estado miembro, también se facilitará el formulario L del anexo I en esa lengua» (Art. 12.2).

33. Así se expresaba en el Art. 19 de la Propuesta del RN, antes citada: «Cuando se cumplan las condiciones previstas en el apartado 2, se realizarán las diligencias oportunas para informar a la parte demandada de que se ha incoado un proceso judicial contra ella, por medio de cualquier canal de comunicación disponible, incluidos los medios de las tecnologías modernas de la comunicación, en la dirección que conste al órgano jurisdiccional que conozca del asunto o a través de una cuenta de la que tenga conocimiento este».

cierto es que, como indica GASCÓN INCHAUSTI, pese a esta cierta autonomía procesal de los Estados Miembros, «tanto la jurisprudencia como la legislación de la Unión Europea tiene una *vis expansiva* sobre las regulaciones domésticas que, a medio plazo, termina, *de iure o de facto*, teniendo efectos unificadores cada vez más notorios»[34]. Por esta razón, en este apartado, que constituye el núcleo de este trabajo, analizaremos las consecuencias —que la existencia de ciertos estándares en materia de notificaciones que tanto en vía legislativa como jurisprudencial se han ido forjando en Europa durante los últimos años— ha tenido o consideramos que puede llegar a tener en nuestro país. Es, por tanto, nuestra intención analizar en detalle los métodos de notificación y los derechos de las partes para, en su caso, proponer posibles mejoras en nuestro sistema legal, en ocasiones en la búsqueda de su mayor eficacia, en otras de su mayor garantismo o, cuando fuere posible, de ambos fines.

Para ello vamos a comenzar planteando la utilidad de mantener una jerarquía entre los métodos de notificación existentes —apartado primero— para analizar a continuación en detalle la práctica de varios de estos métodos (notificación electrónica, notificaciones personales y notificaciones ficticias) —apartado segundo—, finalizando en el tercer apartado con propuestas para una mejor protección de los derechos del demandado en estos procedimientos.

5. La jerarquía de los métodos de notificación

En el ámbito europeo es muy variada la forma en la que se regulan internamente los métodos de notificación: hay países que sólo reconocen algunos de ellos (así, por ejemplo, ocurre en Bélgica, Grecia, Escocia o Países Bajos) mientras que en otros hay un amplio abanico de opciones: notificación vía postal, electrónica, personal, etc. (así, por ejemplo, en Dinamarca —que, como luego veremos, admite incluso la comunicación oral por vía telefónica (para. 155 (1) 6 AJA—, Estonia, Alemania o Suecia)[35]; hay ordenamientos que atribuyen esta facultad de notificar a terceros (a modo de lo que ocurre aquí con nuestros procuradores) de modo complementario o exclusivo, mientras que en otros es un tarea que les corresponde únicamente a los jueces. Pero no sólo hay diferencias en la forma en que se llevan a cabo las notificaciones, sino también en el modo en que se elige el método a emplear. Así, hay países en los que decide el que inicia el proceso o el ejecutor de la medida, mientras que en otros ha de estarse exclusivamente a lo que establece

34. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Service of proceedings on the defendant as a safeguard of fairness in civil proceedings: in search of minimum standards from EU legislation and European Case-law», *Journal of Private International Law*, 13:3 2017, p. 484.

35. «Study on the service of documents. Final report», 5 October 2016, Universitá Firenze, DMI y Uppsala University, p. 48.

la ley; hay ordenamientos que han fijado un orden a seguir (como ocurre, por ejemplo, en Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Polonia o Rumanía), mientras que en otros no hay jerarquía entre los diversos métodos (así en Inglaterra o Suiza) o se han adoptado reglas flexibles que permiten elegir el modo más apropiado al caso (como es el caso de Finlandia y Suecia)[36]. Incluso, hay ordenamientos en los que está previsto que las partes no sólo fijen en el contrato el lugar a efectos de notificaciones personales sino también judiciales (así, por ejemplo, en Bulgaria, Chipre, Portugal, Italia, Bélgica o Croacia), permitiéndose en países como Dinamarca, Escocia o Irlanda renunciar a ser notificado en persona y fijar la vía de los abogados como forma válida de comunicación judicial[37].

A nivel supranacional, el legislador europeo no ha optado por armonizar la prelación entre los métodos de notificación[38], aunque, en nuestra opinión, sí muestra un criterio favorable a su flexibilización, al permitir a los Estados acudir a los métodos principales de notificación fijados en los Reglamentos en plano de igualdad (entrega personal, correo con acuse de recibo y vía electrónica con acuse de recibo), siempre que todos ellos se ajusten a las garantías de certeza y seguridad en la comunicación.

En nuestro país, dado que, cuando las partes están ya personadas en la causa, actúan, como regla general, mediante procurador[39], la cuestión problemática se ciñe a la determinación sobre cómo comunicar eficaz y válidamente el primer emplazamiento al demandado. Como es bien sabido, en España la primera notificación ha de hacerse vía remisión postal y, solo cuando no pueda acreditarse el éxito de este método, podrá acudirse a la entrega personal —por el oficial del juzgado o a través del Procurador del demandante— (Art. 161 LEC), tal y como se deduce del juego de los Arts. 155 y 158 LEC. Pues bien, consideramos que sería más eficaz flexibilizar la elección del método de notificación, facultando al tribunal a valorar en cada caso los datos que constan en la causa sobre el demandado: la información disponible sobre su localización (su domicilio, el lugar de su trabajo, su correo electrónico, etc.), su origen (si los datos constan en el contrato firmado entre las partes, sobre el que se discute en el proceso o si proviene de mera información privada del demandante, etc.), su comportamiento en otros procesos o ámbitos de conflicto con

---

36. Sobre este punto véanse los Comentarios a la Regla 73, elaborados por ELI/ Unidroit, p. 180. Véase en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf.

37. «Study on the service of documents. Final report», *op.cit*., pp. 53-54.

38. No sólo en los tres Reglamentos de notificaciones; tampoco en los Reglamentos sobre Título Ejecutivo Europeo, ni en el de Escasa Cuantía ni en el que introduce el Proceso Monitorio Europeo.

39. Y, para los limitados casos en que esto no es así (Art. 23.2.1º LEC), ya se determina en sede judicial con la parte personada cómo se le podrá notificar en adelante durante el curso del procedimiento (Art. 155.2.III LEC).

el demandante, o su situación actual (por ejemplo, si se sabe que el sujeto, aunque está viviendo fuera de su domicilio habitual una temporada, ya sea dentro o fuera de España, sigue empleando la dirección electrónica que consta en las actuaciones), etc. De esta forma, al escogerse el método que pudiera ser más eficaz en función de las circunstancias del destinatario de la comunicación, podrían salvarse en gran medida estadios innecesarios y evitarse tiempos perdidos. En esta línea de mejora, tal y como hemos visto que ya se hace en algunos países europeos, nos parece también interesante permitir que las partes puedan elegir el método de notificación a emplearse para su notificación en caso de conflicto ante los tribunales.

6. La práctica de los diversos métodos de notificación

6.1. Práctica de notificaciones electrónicas

Como antes hemos apuntado, uno de los mayores avances que introduce el Reglamento 2020/1784 consiste en el empleo de las comunicaciones electrónicas en todos los casos en que sea posible. Lógicamente. las ventajas que presenta este modelo a nivel transfronterizo tanto en cuanto a la reducción de gastos como de tiempo son indudables, pero no lo son menos a nivel nacional. Por eso es oportuno plantearse si hay aspectos de nuestra legislación española en esta materia que pueden mejorar a la luz de los estándares sentados por Europa en estos últimos años.

6.1.1. *Las notificaciones electrónicas entre los órganos judiciales*

a) El posible empleo de E-Codex como plataforma de uso nacional

Ya en el Informe de Impacto de 2018 antes mencionado se identificaba como motivo de los retrasos y costes excesivos el uso de métodos lentos y «basados en papel», por lo que la implantación de E-Codex se acogía con grandes esperanzas de mejora de las comunicaciones transfronterizas: se calculaba que, de los dos meses que estaba durando la notificación en uno de estos procedimientos en los que no hubiera complicaciones, podría pasarse a un plazo de tres a nueve días. La implementación de este sistema común, descentralizado y seguro en todos los Estados de la Unión parte de la «necesidad de que la protección jurídica y el acceso a la justicia en red y los servicios digitales afines que se proporcionan a los ciudadanos sean iguales para todos y efectivos». Que este sistema, que ya ha estado operando con éxito de forma experimental en ventiun Estados Miembros durante años, se haga realidad en toda la Unión Europea, consagrándose como el sistema único de comunicación a nivel transfronterizo, muestra, en nuestra opinión, el sinsentido de la situación actual de esta cuestión en nuestro país, en el que conviven, al menos, cinco plataformas electrónicas distintas (Lexnet, Avantius, Justicia.cat, Vereda y

Justicia.zip)[40]. Como es bien sabido, esto ocasiona en nuestro pais continuos problemas de «entendimiento» entre los distintos sistemas y una lucha continua por conseguir su «interoperabilidad». Además, como señala García-Varela, este «galimatías» se traduce también en una situación de «desigualdad» tanto para «el conjunto de profesionales que trabajan en este sector como para los ciudadanos ya que, dependiendo de las inversiones que realice cada CCAA o el territorio cuya competencia se adscribe al Ministerio de Justicia (que se encarga de la gestión del conjunto de CCAA que no han asumido esas competencias —Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Órganos Centrales y las ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla—), el aparato judicial se encuentra en distintos niveles, especialmente en materia de transformación digital»[41]. Por obvias razones políticas, parece difícil que las Comunidades Autónomas que han asumido estas competencias renuncien a ese deseado espacio de autonomía y abandonen sus propios sistemas para adoptar el más común, Lexnet; ahora bien, aprovechando la inversión europea e interna que va a suponer su necesaria implantación y si se observa que funciona adecuadamente, sí que consideramos que sería una buena oportunidad para unificar nuestros sistemas la introducción de E-codex también a nivel nacional (sustituyendo a las plataformas actuales)[42]. De esta forma, sin apenas esfuerzo adicional, se eliminarían trabas innecesarias en una tarea ya de por sí complicada como es la notificación.

b) Garantías de nuestros sistemas nacionales de comunicación electrónica

Aunque invitamos al legislador español a acoger este sistema como plataforma única para salvar las dificultades existentes de interoperabilidad[43], lo cierto y verdad es que, en nuestra opinión, las distintas plataformas electrónicas de notificación con las que contamos se ajustan sin dificultad a los estándares de seguridad y certeza exigidos en Europa para E-Codex, tal y como lo constata nuestra jurisprudencia constitucional. Sirva de ejemplo la Sentencia 6/2018, de 17 de enero, en la que el Tribunal Constitucional defendía que «todas estas garantías de autenticidad del sistema LexNET reflejan el cumplimiento de las exigencias que, para los canales electrónicos de la Administración de Justicia autorizados, se disponen en los Arts.

---

40. Diversidad que también se produce en los Sistemas de Gestión Procesal, «más de 8 distintos en todo el territorio español —Atlante en Canarias, Adriano en Andalucía, Minerva en territorio Ministerio de Justicia, Galicia y Asturias, Avantius en Navarra, Aragón y Cantabria…etc.—«, lo que, como señala García Varela, resulta muy poco eficaz. Cfr. García- Varela Iglesias, R., «A propósito de la interoperabilidad de la Administración de Justicia», *Diario La Ley* 26/04/2021, Apartado II.

41. Cfr. García- Varela Iglesias, R., «A propósito de la interoperabilidad de la Administración de Justicia», *Diario La Ley* 26/04/2021, Apartado II.

42. En esta línea también Aguilera Morales, M., «El Reglamento…», *op.cit.,* p. 20.

43. Probablemente con la intención de salvar este obstáculo, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia incluye como una de las garantías a proteger en la Administración de Justicia la «interoperabilidad de datos entre cualquier órgano jurisdiccional» y entre los fiscales (Art. 4.1.b).

154 (envío y recepción de actos de comunicación con los procuradores, con el resguardo acreditativo de su recepción), 262 (la autenticidad del hecho del envío y la recepción de escritos y documentos, y de su contenido; la «constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron») y 135 y 273 (la autenticidad de la presentación de escritos procesales y documentos anejos, y «la constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras», y de su fecha respectiva) de la LEC, tras su reforma por Ley 42/2015». Con todo, nada quita que las buenas prácticas que se vayan generando en el ámbito transfronterizo con E-Codex puedan informar a nuestros sistemas nacionales para su posible mejora.

6.1.2. *Las notificaciones electrónicas con las partes*

Un segundo paso importante para mejorar el sistema de notificaciones pasa por reforzar el empleo de comunicaciones electrónicas en las notificaciones a las partes del proceso, en particular para su primer emplazamiento, puesto que suele estar generalizado que, a partir de este momento, los demandados designen a estos efectos a un representante procesal (por ejemplo, en el caso español, a través del procurador). Aunque todavía no estamos muy próximos a la imposición de su obligatoriedad general (en particular para las personas físicas, ya que sí suele ser habitual que se exija a abogados y a profesionales y personas jurídicas)[44], sí que los Estados Miembros[45] y la propia Unión Europea llevan años incentivando su empleo. En este sentido, el Reglamento de notificaciones de 2020 invita a los Estados Miembros a acudir a estos cauces modernos siempre que sea posible, si se cumplen los dos requisitos siguientes (Considerando 31º RN): a) que lo contemple el derecho del foro; b) que se garanticen las «salvaguardias adecuadas que protejan los intereses de los destinatarios», exigiéndose, en particular, el «consentimiento expreso» del sujeto ya sea para ese procedimiento en concreto (Art. 19.1.b) o para todos los procedimientos judiciales que puedan sustanciarse frente a él (Art. 19.1.a) y la existencia de unas «normas técnicas rigurosas». De forma similar prevén este tipo de notificaciones las Reglas Modelo de Unidroit para el Proceso Civil, en cuya Regla 74.1.c se refiere a «la notificación por otros medios electrónicos, si el destinatario previamente y de forma explícita ha consentido en el uso de estos métodos o si está sujeto a la obligación legal de registrar una dirección de correo electrónico para la finalidad de notificarle (…)». Consideramos que, aunque mínimas, estas directrices pueden servirnos de orientación para mejorar nuestro sistema nacional de notificaciones electrónicas.

---

44. Con alguna excepción, ya que Dinamarca ha convertido hace unos años en obligatoria cualquier notificación judicial, tanto a personas jurídicas como físicas. Véase más en detalle sobre esta cuestión en el apartado b.2.2. de este trabajo.

45. De hecho, como se señala en el Comentario a la Regla 73 de las Reglas Modelo Unidroit de Proceso Civil, estos métodos están disponibles en casi todos los países europeos (por ejemplo, Alemania, Austria, Bélgica, Estonia, Francia, Grecia, Inglaterra, Italia, Lituania, Luxemburgo, Rumanía, España o Suiza). Cfr. p. 183.

Como es bien sabido, en nuestro país, el Art. 152.2 LEC establece una distinción en la obligación de práctica de comunicaciones electrónicas, que se impone a las personas jurídicas, mientras que al resto les deja libertad para elegir si desean hacer uso de las nuevas tecnologías para recibir sus notificaciones. Veamos, así, en detalle estos dos tipos de notificaciones y las opciones de mejora a la luz de los estándares europeos.

a) Las notificaciones electrónicas a personas jurídicas

Tras las modificaciones operadas en los últimos años y, en particular, tras la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que pretendía agilizar la justicia española con la generalización de los medios tecnológicos, la Ley de Enjuiciamiento Civil impone el uso de «medios electrónicos» para comunicarse con la Administración de Justicia (Art. 155.2 LEC) no sólo a los «profesionales de la justicia» (Art. 273.1 LEC), sino también a las personas jurídicas, a las entidades sin personalidad jurídica y a los que ejerzan una actividad profesional para la que se precise colegiación (Art. 273.3 LEC)[46].

Ninguna dificultad presenta la comunicación con abogados y procuradores, ya que ellos comparten para ese fin las plataformas judiciales antes referidas (Lexnet o similares), si bien sí que fue problemática la extensión de la aplicación al resto de obligados. Porque en la práctica, en lugar de que el Ministerio de Justicia habilitara una nueva plataforma específica para las notificaciones judiciales, estas comunicaciones a las personas jurídicas comenzaron a realizarse a través de la denominada DEH (Dirección Electrónica Habilitada), plataforma de comunicación que ya empleaban en el ámbito administrativo. Así, por la vía de los hechos, se publicaban las notificaciones judiciales en esta plataforma administrativa, en la que permanecían durante 10 días naturales, tras los cuales ésta desaparecía, dando al sujeto por comunicado. La situación a la que daba lugar esta aplicación de la norma era, por tanto, bastante disfuncional para los demandados, a los que no se les informaba de que la DEH iba a ser empleada a partir de entonces para notificaciones judiciales. Como explica en este sentido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 40/2020, de 27 de febrero, en un supuesto de notificación en el seno de un proceso civil de ejecución: «el órgano judicial optó por delegar esta tarea en el servicio de notificaciones electrónicas y dirección electrónica habilitada de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, que llevó a cabo ese emplazamiento mediante un simple aviso en el buzón virtual que dicha mercantil tenía dado de alta para relacionarse

46. Esta previsión, imponiendo el deber de comunicarse por estas vías a personas jurídicas y a ciertos profesionales, está en línea con lo dispuesto en la Regla 74.1.b de las Reglas Modelo Unidroit para el Proceso Civil: «service via a designated electronic information system using appropriately high technical standards attested to by an acknowledgement of receipt that the system generates automatically where the addressee has a legal obligation to register with that system. Such an obligation shall be imposed on legal persons and on natural persons engaging in independent professional activities for disputes relating to their trade or profession».

con órganos de las administraciones públicas para la gestión ordinaria de trámites administrativos, y no con los tribunales de justicia para defenderse de ninguna demanda[47]. Dicho aviso solo le advertía que tenía a su disposición una notificación de un juzgado y el número de un procedimiento sin más, remitiendo a un enlace de internet al que debía entrar para poder ver el contenido de la notificación, otorgando para ello un plazo dilatado que no guardaba ninguna concordancia con los establecidos en la normativa procesal aplicable, y que como luego se vería el juzgado que encargó el emplazamiento en esas condiciones tampoco respetaría». Además, se computaban los plazos «para presentar el escrito de oposición invocando normas del procedimiento administrativo común, que son ajenas al ámbito jurisdiccional en el que nos encontramos» (en igual sentido, más recientemente, SSTC 188 y 189/2021, de 13 de diciembre).

Esta práctica no sólo produjo disfunciones en los procesos civiles, sino también en otros ámbitos jurisdiccionales ya que el empleo de los actos de comunicación por medios electrónicos a estos sujetos se generalizó tras la reforma del Art. 271 LOPJ en 2018. Por este motivo, los afectados por esta situación elevaron el problema al Tribunal Constitucional a través de numerosos recursos de amparo tanto en materia civil (en procesos monitorios como en la STC 122/2019, de 28 de octubre; en un incidente concursal, en STC 129/2019, de 11 de noviembre; en ejecuciones hipotecarias en SSTC 40/2020, de 27 de febrero, y 43/2020, de 9 de marzo) como laboral (SSTC 102/2019, de 27 de febrero;150/2019, de 25 de noviembre; y 7/2020, de 27 de enero) puesto que entendían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional acogió de forma tajante su pretensión por lo que al primer emplazamiento se refiere, señalando que «el hecho de que, por imperativo legal los sujetos mencionados en el Art. 273.3 LEC, tengan que actuar en el proceso sirviéndose de esas vías tecnológicas y que, de acuerdo a lo previsto en el Art. 152.2 LEC, ello dé lugar a que los actos de comunicación también se deban practicar por medios electrónicos, no autoriza a entender, con fundamento en ese deber de relacionarse con la administración de justicia por medios electrónicos o telemáticos, que esas personas y entidades queden constreñidas, en cualquier caso y circunstancia, a recibir los actos de comunicación a través de esos medios, hasta el extremo de quedar neutralizada la regulación legal especialmente prevista, sin distinción de supuestos o sujetos, para las primeras citaciones o emplazamientos del demandado en el Art. 155.1 y 2 LEC» (STC 95/2020, de 20 de julio). Y, por estos motivos, consideraba que efectivamente se había producido una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva «sin que los demandados o ejecutados pudieran comparecer y formular oposición o proponer prueba alguna, por lo que

47. Casi en los mismos términos, también en la más reciente Sentencia 177/2021, de 25 de octubre: se empleaba para este tipo de notificación una «dirección electrónica habilitada de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, no previsto en la normativa procesal y que apenas consistía en un aviso remitiendo a un enlace de internet para poder conocer el contenido de la notificación».

como consecuencia del incumplimiento de las normas procesales fueron colocados en una situación de real y efectiva indefensión»[48].

En consecuencia, a partir de estos pronunciamientos del Constitucional de 2019, las primeras notificaciones a personas jurídicas se tuvieron que hacer de nuevo de forma personal, en un claro retroceso en el camino de la agilización de las comunicaciones procesales. En nuestra opinión, efectivamente, el sistema era inconstitucional, pero no tanto porque las normas procesales impusieran las comunicaciones electrónicas para el primer emplazamiento, sino porque el sistema que se aplicó estaba mal concebido y, por ende, ponía claramente en peligro efectivo el derecho de defensa del destinatario de la comunicación. Esto es: se estaba empleando para practicar comunicaciones judiciales un cauce administrativo, sin que previamente —por ejemplo, al dar de alta una sociedad—, se informara a sus responsables de que éste iba a ser el cauce empleado también para las notificaciones de los tribunales. El resultado, como se ve, era nefasto, ya que se creaban claras situaciones de desconocimiento del procedimiento, de indefensión no menos graves que si se hubiera notificado meramente por vía edictal. Con todo, consideramos que la solución no debía pasar por suprimir las notificaciones electrónicas a las personas jurídicas, sino por arbitrar rápidamente un sistema eficaz y garantista con el que se redujeran los tiempos muertos.

Sería, así, posible plantear al menos dos opciones: la primera, habilitando una herramienta específica para notificar, incluso para el primer emplazamiento, a las personas jurídicas, cuyo uso aceptaren y consintieren desde su constitución, a modo de la DEH en el ámbito administrativo (aunque con unos plazos y sistema de recepción más garantista y eficaz)[49]; la segunda, aprovechando las herramientas ya existentes, estableciendo como obligatorio el alta para estas entidades en la Sede Judicial Electrónica para recibir a través de este cauce las notificaciones. Cualquiera de las dos alternativas se podría acompañar del empleo de avisos al email o móvil del destinatario (vía SMS), cuestión que analizaremos en detalle *infra* (en concreto, en el apartado b.2.3).

b) Las notificaciones electrónicas a personas físicas

En la generalidad de los ordenamientos europeos la regulación de las notificaciones electrónicas a personas físicas presenta una impronta muy diversa de la de las

---

48. Adviértase de que, para poder apreciar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional exigió en estos casos que se hubiera generado al destinatario una verdadera situación de indefensión, por lo que no se declaró la ineficacia de la notificación cuando el destinatario tuvo conocimiento del proceso por otra vía (STC 95/2020, de 20 de julio).

49. En sentido similar, en Austria, Croacia, Dinamarca Italia o Lituania también se establece la obligación para estos profesionales de estar registrados en una plataforma oficial o de tener habilitada una dirección de correo electrónica certificada (cfr. *Luxembourg Report*, *op.cit*., p. 57).

personas jurídicas porque no suele imponerse como obligatoria[50]. Así, también en el Reglamento de notificaciones de 2020 se prevé de este modo y se contempla como método posible, siempre que así lo permitan los Estados miembros (como ocurre, por ejemplo, en Alemania o Finlandia[51]) y si se respeten una serie de garantías. Así, explica su Considerando 33º que: «El destinatario debe confirmar la recepción del documento firmando y enviando a vuelta de correo un acuse de recibo o enviando a vuelta de correo un correo electrónico a partir de la dirección de correo electrónico proporcionada por el destinatario para la notificación o el traslado. El acuse de recibo también podría firmarse electrónicamente». Entiende que los Estados pueden reforzar las condiciones que exijan en su práctica, en especial, con referencia a «la identificación del emisor y el receptor, la integridad de los documentos enviados y la protección de la transmisión de interferencias externas»

En España el empleo de medios electrónicos tampoco se impone a las personas físicas, si bien la LEC permite que estos sujetos «opten por el uso de estos medios» (Art. 152.2.I LEC). De este modo, a día de hoy, fácilmente pueden darse de alta en la Sede Judicial Electrónica para que les notifiquen todas las comunicaciones judiciales a la dirección electrónica habilitada, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 22 del RD 1065/2017, de 27 de noviembre.

Ahora bien, llegados a este punto, cabe plantearse si la LEC comprende también el empleo de otros medios como el mail, el SMS o el teléfono o si, en caso negativo, sería oportuno plantearse su admisión, dado su uso generalizado[52] en la vida ordinaria. Como luego veremos, lo que sí es claro es que la LEC permite el uso de estas

---

50. De hecho, solamente tenemos constancia de que se impone a todos los particulares en Dinamarca desde la aprobación de la Ley L160, que estableció que desde 2014 sea obligatorio el uso de un buzón electrónico para la comunicación con la Administración de Justicia para todo ciudadano mayor de 15 años, gestionada a través de un sistema creado por el Ministerio de Hacienda. Tanto los mensajes como el buzón se denominan «Digital Post» (Correo Digital) y para gestionarlos se precisa un identificador digital (NemID y Mit ID, que sirven también para en otros entornos como el bancario o para el pago de impuestos). Para quienes puedan tener dificultades con su uso (por alguna de las causas previstas expresamente en la Ley; por ejemplo, incapacidad que te impide usar esta herramienta, vivir en un lugar en el que no hay conexión a internet, no conocer suficientemente el danés, no vivir permanentemente en Dinamarca, etc.; véanse todas en: https://lifeindenmark.borger.dk/apps-and-digital-services/Digital-Post), se prevé la posibilidad de que estos sujetos pidan una exención, de tal modo que se les notifique en el futuro por vía postal o por vía electrónica a través de un tercero que ellos autoricen (normalmente un familiar). Con todo, la aplicación efectiva de esta norma no parece que fuera a presentar mucha dificultad desde el momento en que en 2012 el 80% de los daneses mayores de 15 años ya empleaban esta herramienta. Véase esta reforma en https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2012-05-23/denmark-draft-laws-on-digital-communication-with-the-public-sector/ y https://itpol.dk/notater/mandatory-digital-communication-with-public-sector-in-Denmark. También hace mención al régimen danés, Storskrubb, E., «E-justice, innovación and the EU», en Hess, B. & Kramer, X., *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Ed. Kart, 2017, p. 289, apoyándose en los datos del Informe Final del DMI antes citado.

51. Así lo señala el Informe Luxemburgo, p. 57.

52. En este sentido, señala Pérez Daudí sobre la posible práctica de la primera notificación a través de estas herramientas que, «en un momento en que es habitual que la comunicación entre las personas se realice por medios electrónicos, no tiene ninguna explicación que no se utilicen para la comunicación de la pendencia de

herramientas para los avisos que informan de una notificación, aunque, en principio, parece que no lo autoriza para realizar el acto de comunicación en sí (Art. 152.2.III LEC). De hecho, la mayor parte de la doctrina se apoya en estos preceptos para descartar su empleo, en particular el del e-mail[53]. No somos nosotros, empero, de la misma opinión. Sí que coincidimos en que no cualquier correo electrónico ni mensaje de texto puede servir de cauce a estos efectos, puesto no se ajustaría a las tres exigencias básicas que se espera de cualquier de estas herramientas tanto en España como en la mayor parte de los Estados Miembros: autenticidad tanto de la comunicación como de su contenido, integridad de lo enviado y certeza de los tiempos[54]. Pero consideramos que sí podrían emplearse estos cauces —y, de hecho, debería incentivarse su uso— si hay modo de que cumplan las citadas exigencias; y, a día de hoy, esto puede predicarse, cuanto menos, de los correos certificados y de los SMS en su modalidad certificada. En el caso de los e-mails certificados, un tercero actúa como intermediario de la comunicación, salvaguardándose ante notario el acto de comunicación, por lo que queda constancia fehaciente del envío, de su contenido íntegro, de la identidad de los sujetos implicados, así como de la dirección de IP empleada[55]. Por lo que respecta a los SMS, los certificados son ya muy habituales en el tráfico jurídico, ya que permiten acreditar con alto grado de seguridad (mediante la emisión de un archivo PDF) tanto los sujetos implicados en la comunicación, su contenido íntegro, así como los tiempos de recepción y envío, garantizados por un certificado digital procedente de entidades tan solventes como la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, el Consejo General de la Abogacía o Camerfirma (de la Cámara de Comercio). Su mayor limitación es el tamaño del texto, que no podrá ser muy largo, si bien algunos operadores ya están ofreciendo opciones que permiten incluir más de 600 caracteres. No sería difícil implementar estas herramientas en el ámbito de la Administración de Justicia a través de una de estas empresas que trabajan en este sector, de igual modo que se usan las plataformas electrónicas para los órganos judiciales o los profesionales de la justicia. Mejoraría mucho la eficacia de las notificaciones, reduciendo su coste (que, incluso, no creo que tuviera ningún problema en asumir el demandante si de este modo consigue agilizar el proceso), ya que se evitarían los desplazamientos, muchos de

---

un proceso judicial» (cfr. Pérez Daudí, V., «Diálogos para el futuro judicial XXXX. Los actos de comunicación en el marco de la Justicia Digital», *Diario La Ley*, núm. 10019, de 1 de marzo de 2022, p. 5).

53. En este sentido, entre otros, Cubillo López, I., *Actos procesales..., op.cit.*, p. 168 y Aguilera Morales, M., «El Reglamento…», *op.cit*., p. 22.

54. Estas garantías son las que se predican en el citado Art. 22.1 del RD 1065/2017 de las notificaciones a la dirección electrónica habilitada, que establece que ésta permite: a) acreditar el momento en que se pone a disposición de la parte procesal el contenido de la resolución; b) dejar constancia del momento en que se accede a su contenido; c) garantizar la identidad del usuario y su uso exclusivo. Esta dirección se prevé con carácter definido, salvo por revocación del titular, fallecimiento, por resolución judicial que así lo acuerde o por el transcurso de cinco años sin recibir ninguna notificación (Art. 22.2).

55. Sirva de ejemplo sobre esta modalidad de emails, los Certimails. Véase más sobre ellos en: https://www.certimail.es.

ellos inútiles, de comisiones del juzgado o de procuradores. Además, si se cumplen las citadas exigencias, como ocurriría en estos dos casos, no se requeriría una cobertura legal adicional, ya que quedarían amparados por lo dispuesto en el Art. 23 del citado RD 1065/2017, que señala lo siguiente: «los órganos y oficinas judiciales y fiscales podrían realizar actos de comunicación en las direcciones de correo electrónico que los ciudadanos elijan siempre que en el momento de acceso al contenido de la comunicación se genere automáticamente y de forma independiente a la voluntad del ciudadano un acuse de recibo acreditativo del día y hora de la remisión de acto de comunicación y de la recepción íntegra de su contenido y de los documentos adjuntos». Todo esto daría además sentido al deber del demandante de señalar la dirección electrónica del demandado, si la conoce (Art. 155.2.II LEC).

Entendemos que cosa distinta puede señalarse respecto de las llamadas telefónicas[56], que, al menos por el momento, consideramos como medio inidóneo, ya que no se ajustan a las exigencias de autenticidad, integridad y certeza que requieren las leyes procesales, entre otros, los Arts. 271 LOPJ y 152 y 162 LEC, tal y como ha tenido oportunidad de señalar en ocasiones el propio Tribunal Constitucional español (por ejemplo, en SSTC 6/2019, de 17 de enero, 97/2012, de 7 de mayo o STC 94/2005, de 18 de abril). O también respecto de las redes sociales, en tanto en cuanto no mejoren los sistemas para acreditar su fehaciencia[57].

Con todo, dado el estado de desarrollo digital existente, no creemos que estemos muy lejos del establecimiento de un sistema de identificación electrónica que se nos imponga a todos los ciudadanos mediante una especie de Dirección Electrónica Oficial, a modo de lo que hemos señalado que ocurre en Dinamarca. Aunque inicialmente puede que su uso sea potestativo, es previsible que en pocos años nos obliguen a comunicarnos por esta vía con todos los organismos del Estado (incluidos los tribunales), relegándose a un segundo plano nuestra dirección postal o física. Pero para eso es preciso que, cuando se haga obligatorio su uso, y, a diferencia con lo que ocurrió con el sistema aplicado hasta 2019 a las personas jurídicas, se informe bien a los ciudadanos de las cargas que esto les supone y de las consecuencias jurídicas que tendrán sus actos. Y, en su caso, como se prevé también en Dinamarca, que se contemplen ciertas excepciones o alternativas para aquellos que sean incapaces de manejar estas herramientas.

---

56. Aunque, curiosamente, tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, sí que se admite el teléfono para notificar el proceso penal en el ámbito de los delitos leves (Art. 962.1.II LECrim).

57. Con todo, en la actualidad en no pocos países ya se vienen empleando las redes sociales para notificaciones. Destacan sobre todo países del ámbito anglosajón, como Inglaterra, Gales y Chipre. Así en STORSKRUBB, E., «E-justice, innovation…», *op. cit.,* p. 288.

c) Los avisos

En cualquier caso, consideramos que, si se quieren reforzar las previsiones de la LEC sobre notificaciones electrónicas, sería oportuno modificar (imponiendo una mayor severidad) la regulación de los avisos electrónicos. El Art. 152.2.III LEC ofrece a los destinatarios de notificaciones judiciales la opción de indicar un medio electrónico a través del que reciban avisos: «el destinatario podrá identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico que servirán para informarle de la puesta a su disposición de un acto de comunicación, pero no de la práctica de notificaciones. En tal caso, con independencia de la forma en que se realice el acto de comunicación, la oficina judicial enviará el referido aviso». Tras ello, concluye con la afirmación que ha resultado problemática para doctrina y jurisprudencia, puesto que priva de consecuencias jurídicas a la falta de envío de este aviso por parte del órgano notificado: «la falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida». Dada la relevancia práctica de esta cuestión, llegó plantearse ante el Tribunal Constitucional su inconstitucionalidad en un caso en el que se había omitido el aviso al representante legal de las partes, informando de una notificación servida vía por Lexnet. En su Sentencia 6/2019, de 17 de enero, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso, apoyándose en tres fundamentos esenciales: a) «la diferente naturaleza jurídica de los actos de comunicación procesal y el aviso regulado en este precepto»; b) «el carácter no desproporcionado o exorbitante de la carga legal que suponen las notificaciones por sistemas telemáticos»; y, por último, c) «la inexistencia de una confianza legítima derivada de la obligación legal de realizar el aviso». Coincidimos con la argumentación sobre su naturaleza jurídica puesto que, efectivamente, estos avisos no constituyen una notificación en sentido procesal. Incluso en que tampoco es muy relevante la cuestión sobre el peso de la carga legal que se impone a los ciudadanos. Pero lo que sí nos parece problemático es el último argumento. En línea con lo sostenido en su Voto Particular por el Magistrado disidente Xiol Ríos, nos parece «irrazonable» que, si la LEC brinda al destinatario de la notificación la opción de ofrecer una dirección o dispositivo electrónico para «informarle de la puesta a su disposición de un acto de comunicación» (Art. 152.2.III LEC), los tribunales no asuman siempre el deber de informarle, haciéndose responsables de los posibles fallos u omisiones del sistema de avisos[58];

---

58. Abundando sobre este argumento, continúa el Magistrado señalando la falta de coherencia de esta solución legal: «No hay ningún elemento de coherencia entre (i) la imposición de una obligación de los órganos judiciales en relación con los ciudadanos usuarios del servicio de la justicia y (ii) que los perjuicios que origine el incumplimiento de esa obligación por parte de los órganos judiciales cuando el servicio funcione anormalmente recaigan por imperativo legal sobre el ciudadano que padece la anomalía. Si hay un principio general de razonabilidad en el derecho —o, por más decir, de justicia en el sentido en que el artículo 1.1 CE lo reconoce como valor superior del ordenamiento jurídico—, ese es el de que no puede pretenderse que el perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación recaiga sobre la parte no incumplidora. Además, si ese principio, como es ahora el caso, se establece en la relación entre uno de los poderes del Estado y el ciudadano, ese irrazonable desplazamiento del perjuicio del incumplimiento por parte del Estado —al menos en sus conse-

como señala este Magistrado, si se parte de la «premisa de que el ejercicio de una potestad por el ciudadano —la de pedir que se le avise por medio de correo electrónico de que se ha realizado el acto de notificación— se convierte en una obligación del órgano judicial —la de enviar ese aviso por ese medio—, el legislador ha incluido un elemento distorsionador como es la previsión ahora cuestionada de que la ausencia de esa notificación no impedirá la validez del acto de comunicación». Y, con mayor motivo, si el destinatario no es, como ocurría en el caso planteado, un profesional de la justicia sino un ciudadano que carece de defensa letrada y representación procesal. De lo contrario, se defrauda la «confianza legítima» que estos generan en la ciudadanía. En conclusión, consideramos que debería imponerse legalmente a los tribunales la obligación de generar un aviso para informar de cada notificación, de tal forma que resulte nula la comunicación en caso de que éste se omita.

En línea con lo que propone la normativa europea y las Reglas Modelo de Unidroit y dado el uso masivo de las redes sociales en nuestra sociedad, entendemos que podría permitirse su uso para este tipo de avisos, tal y como analizaremos más adelante a propósito de los métodos subsidiarios.

6.2. La práctica de notificaciones personales: la influencia de los estándares europeos en las notificaciones a receptores subsidiarios

Como es bien sabido, con no poca frecuencia la entrega personal al destinatario fracasa y se ha de acudir a métodos subsidiarios, ya sea a través de la entrega a terceros o mediante el depósito de la notificación en el servicio de correos o en el buzón del demandado, según lo que disponga la normativa nacional. Adviértase que el régimen previsto en cada uno de los Estados Miembros es muy diverso en este punto. Sirva como ejemplo que, con relación a la edad que se exige al receptor para admitir la entrega, aunque la mayor parte de los países preven como mínimo la mayoría de edad, algunos países han rebajado este límite (a 12 en Francia; a 14 en Italia, Hungría y España; a 15 en Luxemburgo y Finlandia o a 16 en Bélgica)[59]. O respecto a quién puede ser receptor de las notificaciones: junto a los miembros de la casa y los empleados, que son reconocidos como receptores válidos en todos los Estados Miembros, algunos añaden a la lista a los vecinos (como Francia, Croacia, Hungría o Italia), a los porteros de la finca (como ocurre en Italia, Rumanía, Polonia

---

cuencias más directas y graves en el terreno procesal— al ciudadano usuario del sistema de la Administración de justicia, solo puede calificarse como una arbitrariedad, cuya interdicción para los poderes públicos queda establecida en el artículo 9.3 CE».

59. Cfr. Informe Luxemburgo, p. 56.

o España) o a empleados o compañeros en el lugar de trabajo (como sucede en Croacia, Dinamarca, Francia, Suecia o España)[60].

Ante esta situación, se consideró preciso establecer a nivel de la Unión una serie de estándares mínimos para este tipo de supuestos, y así el Tribunal de Justicia en 2017 se pronunció sobre esta cuestión a propósito del Asunto *Henderson* (C-354/15, de 2 de marzo de 2017). Aunque el Tribunal parte de la necesidad de conciliar el «justo equilibrio entre los intereses del demandante y del demandado», entiende que, cuando se trata de la notificación de la demanda hay que velar de manera especial por «las garantías necesarias para la protección efectiva del derecho de defensa del destinatario», puesto que «es indispensable que el destinatario del documento sea informado de la existencia de un procedimiento judicial incoado en su contra en otro Estado miembro y entienda el sentido y alcance de la acción ejercitada frente a él» (para. 72). Por este motivo, entendió que, de conformidad a lo dispuesto en el Reglamento de notificaciones de 2007, estos supuestos de entrega a terceros —que, por cierto, dicho Reglamento no los regula expresamente, pero tampoco los excluye—, «deben circunscribirse, no obstante, a supuestos definidos con claridad» y siempre que se cumplan ciertas garantías mínimas «en aras de garantizar de la mejor manera posible el resto del derecho de defensa del destinatario» (para. 93). En consecuencia, en línea con lo que ya disponía el Reglamento 805/2004 (Art. 14.1a) sobre créditos no impugnados, limita los posibles receptores a «personas adultas que se encuentren en la residencia del destinatario, ya se trate de miembros de su familia que vivan en la misma dirección que éste o de personas empleadas por él en dicha dirección», puesto que entiende que, en estos casos, «es razonable suponer que tales personas entregarán efectivamente el documento de que se trate al destinatario del mismo» (para. 95 y ss.). Descarta así a «otros terceros, como pueden serlo un vecino de un inmueble próximo o una persona que resida en el mismo edificio en el que el destinatario ocupa un piso o un apartamento». Y, termina señalando, que, incluso cumplidas estas garantías, el destinatario no queda privado de la posibilidad de acreditar «por todos los medios de prueba admisibles ante el tribunal que conozca del asunto en el Estado miembro de origen, que no pudo tener conocimiento efectivo del hecho de que se hubiera incoado contra él un procedimiento judicial en otro Estado miembro, ni identificar el objeto y la causa de la demanda, ni disponer de tiempo suficiente para preparar su defensa» (para. 98). Esta doctrina, aunque no ha sido recogida expresamente en el articulado del Reglamento de Notificaciones de 2020, sí que se ha incorporado a su texto en el Considerando 30º, que añade el requisito de la voluntariedad del receptor a la hora de aceptar ella comunicación.

---

60. Cfr. Informe Luxemburgo, p. 56. Algunos, incluso, como indica este Informe, excluyen a los oponentes como es el caso de Alemania, Bulgaria, Lituania o Polonia, limitación que se recoge también en la Regla 78 (3) de Unidroit para el Proceso Civil.

Llegados a este punto, cabe plantearse si nuestro régimen de notificación subsidiaria se adapta a estos parámetros europeos. Como es bien sabido, la LEC regula estos supuestos en el art. 161 («Comunicación por medio de entrega de copia de la resolución o cédula»). Dicho precepto acepta la entrega tanto en el domicilio del destinatario —a quienes se encuentren en él (empleados, familiares o personas que convivan con él) siempre que sean mayores de catorce años, si como también al conserje de la finca, si lo tuviera—, como en el lugar de trabajo del demandado —pudiendo en este caso entregarse a quien manifiestare conocer al destinatario o estuviera a cargo de recibir documentos (apartado tercero del Art. 161 LEC). En todos estos casos, la notificación se dará por plenamente efectuada, produciendo plenos efectos (apartado 3 del Art. 161 LEC)—. Con todo, nada quita que quepa rebatir esa presunción *iuris tantum* de validez si el destinatario es capaz de acreditar ante el tribunal que el tercero receptor no llegó a entregarle la notificación o no lo hizo a tiempo y que esto le ha causado «una limitación o pérdida de oportunidades de defensa»[61], tal y como lo ha afirmado en ocasiones el Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 199/2002, de 28 de octubre). En estos casos, el destinatario de la notificación deberá instar la nulidad del acto tan pronto como pueda ponerlo de manifiesto en el proceso, a través del mecanismo que esté previsto en ese momento para este fin.

Observando las características de nuestro régimen de notificación a terceros a la luz de los estándares europeos, formulamos las tres propuestas siguientes para mejorar nuestra regulación legal. La primera, en cuanto a la edad de receptor de las notificaciones. En nuestra opinión, sería mejor exigir la mayoría de edad como límite mínimo para poder asumir la responsabilidad que conlleva la recepción de la notificación y el correspondiente deber de entrega al destinatario, puesto que el cambio de status a los 18 años deriva del reconocimiento legal de la capacidad del sujeto de asumir cargas de las que se derivan importantes responsabilidades, como es aquí el caso; o, al menos, si no se quiere fijar un límite tan alto, se debería dejar al que entregue la notificación la facultad de evaluar caso a caso si, pese a tener menos de 18 años, parece razonable que dicho sujeto pueda llegar a entregar la notificación, al modo de lo que prevé la Regla 78 de Unidroit[62]. Segunda, la supresión de la referencia a «quien manifieste conocer al destinatario» como receptor en

---

61. Cfr. Cubillo López, I., *Actos procesales..., op.cit*., p. 156. De hecho, el Tribunal Constitucional entiende que el acto procesal devendrá ineficaz «en la medida en que se coloque al interesado en una situación de indefensión proscrita por el Art. 24 CE, esto es, salvo que hubiese tenido conocimiento extraprocesal de su contenido o incumplimiento fuese imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso (STC 58/2010, de 4 de octubre). Cfr. Cubillo López, I., *Actos procesales..., op.cit*., p. 181.

62. Curiosamente, las Reglas Modelo de Unidroit no han fijado un límite en cuanto a la edad, pero sí exigen, además de la voluntad del receptor, éste sea capaz («who are able») de aceptar el documento (Regla 78.1 (b)). Así, en los Comentarios a esta Regla se explica que: «La notificación a los niños es poco fiable» y continúan señalando que, desde una aproximación flexible de esta Regla, «que requiere en todo caso la habilidad para aceptar los documentos», se deja que, caso a caso -como se hace ya en Alemania, Grecia y Rumanía-, decida quién va a efectuar la notificación teniendo en cuenta que, en función de la edad del receptor, éste «debe dar la impresión

el centro de trabajo. Nada objetamos respecto de la posibilidad de que lo reciban quienes tienen atribuida de forma habitual esta función (pues puede considerarse que tienen asumida tal responsabilidad) pero nos parece poco garantista que pueda hacerse cargo de la comunicación quien simplemente afirme conocer al demandado por razones análogas a las que llevaron a no reconocer la facultad recibir la notificación a los vecinos de la finca en la que reside, ya que tanto por falta de diligencia o, incluso, por mala fe es fácil que la notificación no llegue a buen fin[63]. Por último, proponemos que la persona receptora no sólo tenga capacidad para asumir la responsabilidad de notificar al destinatario de la comunicación, sino que expresamente se exija también su «voluntad», su expreso deseo de recibirlo y entregarlo, ya que con ello se refuerza la posibilidad de que la notificación llegue a buen fin.

6.3. La práctica de métodos ficticios de notificación

Empleados todos los métodos principales de notificación (correo, entrega personal al destinatario o tercero, notificación vía electrónica), no son infrecuentes los supuestos en los que no consigue localizarse al demandado. Obviamente tanto los tribunales europeos como los nacionales son muy conscientes del hecho de que, si la notificación no llega finalmente a las manos de su destinatario —en particular, en los casos de la primera comunicación—, es fácil que se vulnere el derecho de defensa del demandado y se infrinjan las garantías del proceso justo; así, afirma el TJUE que, tanto en el ámbito civil como penal, «la renuncia de su derecho a estar presente en el juicio debe, para ser efectiva en términos del CEDH, quedar establecida de manera inequívoca y rodeada de mínimas garantías dada su importancia (…)» (Asunto *Dilipak y Karakaya c. Turquía*, de 4 de marzo de 2014, para. 79). Pese a esto, que, como veremos, exige un deber de diligencia especial, se entiende que, con frecuencia llega un punto en el que ya no es posible hacer más, por lo que es preciso admitir la ficción de su notificación para poder seguir adelante con el proceso, dando cumplimiento al derecho a la tutela judicial del actor, siempre que se contemplen en el ordenamiento herramientas para que el destinatario afectado pueda atacar la resolución tomada en cuanto la conozca, si consigue probar que su rebeldía fue involuntaria y que le causó indefensión.

Aunque, como señala Gascón Inchausti, la legislación procesal europea se puede «permitir el lujo de eludir la notificación ficticia de su catálogo de métodos de co-

---

de que razonablemente se puede esperar que entregue el documento» (la traducción es nuestra). Cfr. https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf, p. 190.

63. Peligros de los que advertía el Tribunal Constitucional respecto de los vecinos en Sentencias como la 39/1996, de 11 de marzo (en la que se alegaba enemistad manifiesta del vecino receptor) o la 25/1996, de 13 de febrero (notificación a la empleada de una vecina).

municación admisibles» en Reglamentos tales como el de menor cuantía o el monitorio, lo cierto es que «el problema no puede ser eludido»[64]; en particular, para poder clarificar si las sentencias dictadas en rebeldía de un sujeto no notificado deben circular libremente o si cabe que los Estados miembros rechacen su reconocimiento. Así, desde hace años tanto los tribunales (también el TEDH) como el legislador europeo viene fijando ciertas directrices a las que los Estados europeos deben ajustar sus regímenes nacionales. En concreto, hemos centrado nuestro análisis en las tres cuestiones que han clarificado las instituciones europeas sobre este particular: la primera, el alcance del test de diligencia; la segunda, en cuanto a los mecanismos de notificación ficticia que acoger en la ley y, por último, la tercera, en cuanto a la previsión sobre los medios de impugnación efectivos a emplear para atacar la resolución dictada en rebeldía.

6.3.1. *El test de diligencia*

Para poder acudir a la notificación ficticia, los tribunales europeos vienen exigiendo desde hace años que previamente se hayan examinado y valorado todas las circunstancias que rodean el caso, debiendo habido superarse lo que denominan el «test de diligencia».

a) *El test de diligencia según los estándares europeos*

Tras analizar en detalle la jurisprudencia europea, cuatro son los criterios a los que en que entendemos que hay que atender para poder superar dicho test: a) agotamiento previo de todas los medios posibles conforme a la legislación nacional para realizar la notificación de forma no ficticia; b) que las normas sobre notificaciones se apliquen de la forma más eficaz posible, evitando automatismos; c) que se haya valorado adecuadamente la peso de la conducta de las partes en cuanto a la eficacia de la notificación; y, por último, d) que, si es posible, se hayan empleado herramientas que refuercen la eficacia de las notificaciones ficticias.

1. Agotamiento previo de todos los medios posibles conforme a la legislación nacional para realizar la notificación de forma no ficticia, debiendo interpretarse las normas que regulan las comunicaciones de la forma más flexible posible para facilitar su eficacia. Esta exigencia implica, en palabras del TEDH, que sólo pueda acudirse a este método subsidiario si se ha hecho un «intento diligente y razonable de notificación personal», debiendo caso por caso valorarse si se han hechos todos los esfuerzos posibles. En aplicación de esta doctrina, España fue condenada recientemente en el Asunto *Klopstra c. España*, de 19

64. Cfr. Gascón Inchausti, F., «Service of proceedings …», *op.cit.*, p. 507.

de enero de 2021[65]. Ante una clara falta de diligencia de los tribunales españoles a la hora de notificar el proceso de declaración y, posteriormente, de ejecución, el Tribunal entendió que las autoridades nacionales no habían hecho todo lo que «legítima y razonablemente se esperaba de ellas» (para. 46). Señalaba, así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el tribunal de ejecución «solo hizo un intento de entregar personalmente las notificaciones», delegando después esta tarea en el juzgado de paz, que acudió a Correos, pero sin éxito porque —según el servicio postal— el tribunal no dio detalles suficientes de la dirección indicada. A pesar de ello, el Juzgado de Primera Instancia optó por publicar las notificaciones en su boletín oficial, en lugar de buscar la dirección correcta en sus sistemas internos: «una búsqueda podría haber sido útil para encontrar la dirección correcta o para obtener una dirección alternativa», recordando que, «incluso sin dicha búsqueda, el juzgado de primera instancia estaba en posesión de la dirección del demandante en Alemania, que podía verse en el encabezado del contrato» hipotecario. En consecuencia, concluye que: «En estas circunstancias, el Tribunal no cree que, acudiendo a un anuncio público sin ningún intento adicional para entregar las notificaciones, las autoridades llevaran a cabo la acción que legítima y razonablemente se esperaba de ellas». En sentido análogo también se ha pronunciado el TJUE, quien afirma que, antes de acudir a estos métodos ficticios, «el órgano jurisdiccional que conozca del asunto debe cerciorarse de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y de buena fe para encontrar al demandado» (Asunto *Hypotečni banka*, de 17 de noviembre de 2011 (C-327/10), §52)[66]. Haciéndose eco de esta doctrina, el Reglamento 2020/1784 exige idéntica diligencia a los encargados de la entrega, de tal forma que sólo podrán dictar sentencia en rebeldía si se hubieran agotado previamente «las diligencias oportunas»[67] (Art. 22.2.c). Queda, por tanto, al legislador nacional ajustar sus métodos de notificación a estos parámetros porque nada más se apunta desde Europa.

---

65. Klopstra y su mujer habían adquirido un terreno en Jávea para construir una casa y para ello habían constituido una hipoteca. En la documentación que la establecía, no sólo estaba su dirección española sino también la de su vivienda habitual en Alemania. Ante su reiterado impago de la hipoteca, el banco inició un procedimiento judicial, cuyas notificaciones fueron enviadas, sin éxito, a la dirección de la finca de Jávea. El procedimiento terminó con la subasta de la casa (por 210.400 euros pese a que estaba valorada en ese momento en 517.200 euros). Más de año después del inicio del procedimiento, el matrimonio tuvo conocimiento de él e intentó anular la ejecución, sin que su petición prosperara. Tampoco lo hizo su amparo por carecer de relevancia constitucional, de tal modo que no les quedó sino acudir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que condenó finalmente a España.

66. En igual sentido en el Asunto *Cornelius de Visser* antes citado, §59.

67. Adviértase que, en mi opinión, esta expresión se ha dulcificado en el texto en español y no refleja suficientemente la mayor exigencia que prevé el Reglamento y que sí que recogen los textos en otros idiomas de la UE, que exigen haber agotado todo esfuerzo posible: así, por ejemplo, en la redacción inglesa («*every reasonable effort*»), alemana («*alle zumutbaren Scritte*»), francesa («*malgré tous les efforts raisonables*») o italiana («*malgrado tutta la diligenza usata*»).

2. Aplicación lo más eficazmente posible de las normas sobre notificaciones, evitando automatismos.
3. Valoración de la implicación que la conducta de las partes, tanto activas como pasivas, puede tener o haber tenido en la práctica de la notificación. Esta cuestión será analizada de manera conjunta más adelante, a propósito de la legislación española.
4 Activación de avisos como última instancia antes de la publicación en edictos. Aunque en no pocos países las redes sociales y el correo electrónico están permitidos como medios de notificación principal o subsidiario[68], en el ámbito de la Unión Europea se ha previsto su empleo al menos como herramienta complementaria de los medios ordinarios previstos legalmente cuando estos no hayan funcionado. Así lo apuntaba el Informe de Impacto previo al Reglamento de notificaciones de 2020, y se ha concretado en el Considerando 35º de su texto final: «a menos que sea incompatible con el Derecho nacional, deben realizarse las diligencias oportunas para informar a la parte demandada de que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto ha incoado un proceso judicial por medio de *cualquier* canal de comunicación disponible, incluidas las tecnologías de comunicación modernas, en la dirección o a través de una cuenta de la que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto tenga conocimiento». En esta línea, invitan también a su incorporación a las regulaciones nacionales las Reglas Modelo ELI Unidroit de Proceso Civil[69].

b) *La regulación española a la luz de estos estándares europeos*

Conviene ahora a continuación examinar la regulación española a la luz de estos estándares, siguiendo el mismo esquema analizado antes.

1. Agotamiento previo de todos los medios posibles conforme a la legislación española para realizar la notificación de forma no ficticia. Comencemos por el análisis de la *aplicación del test de diligencia* en España de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 152 y ss. LEC. Pese a que la definición amplia de domicilio que contiene el Art. 155 LEC merece una valoración positiva de cara a mejorar la eficacia de las notificaciones, ya que amplía las posibilidades de localización incluso al lugar de la actividad laboral o profesional del demandado, en

68. Aunque la mayor parte de los países que los reconocen como métodos de notificación válida pertenecen al mundo anglosajón, hay algún Estado Miembro que también los contempla. Así, por ejemplo, Bulgaria (Art. 382(2)(1) CPC y Estonia (CCP para. 311(2)). En Finlandia se puede notificar por teléfono, aunque la confirmación se envía luego por escrito. Cfr. «Study on the service of documents. Final report», 5 October 2016, Universitá di Firenze, DMI y Uppsala University, p. 52.

69. En concreto, se explica que el Comentario a esta Regla 80 es «suficientemente amplio como para cubrir las notificaciones vía mensaje de texto, «Facebook», Whatsapp u otra red social pese a que no se trate de una publicación en sentido estricto». Cfr. p. 194.

nuestra opinión los que no están bien definidos son los criterios que han de seguir los encargados de practicar las comunicaciones procesales al aplicar dicho test de diligencia. Como es bien sabido, fracasada la notificación por remisión, se intenta la entrega personal, de acuerdo al Art. 161 LEC. A diferencia de lo que ocurre en muchos países europeos[70], nuestra LEC no especifica ningún número mínimo de intentos de notificación para poder darla por fallida. Es cierto que este requisito no viene impuesto ni por las normas europeas ni por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni tampoco es preciso para que las notificaciones sean más eficaces, aunque sí contribuye a fijar un umbral mínimo que ha de respetarse, por lo que no sería desdeñable su incorporación a nuestra LEC. Ahora bien, aunque esto no se haga, sí que consideramos que habría que poner remedio a la falta de una referencia legal clara a la exigencia del agotamiento de todos los intentos posibles de notificación antes de acudir a la vía de los edictos. Nuestra LEC no prevé, así, ningún apremio para la búsqueda del domicilio real del destinatario; únicamente indica que «procurará» averiguar si dicho sujeto vive allí, por lo que, como es bien sabido, en la práctica es bastante frecuente que los encargados de notificar no hagan más que esto: «procurar» buscarlo, pero sin mayores exigencias. Ante este vacío legal, los tribunales (tanto españoles —el Tribunal Constitucional —como extranjeros —el Tribunal Europeo de Derechos Humanos—) han ido fijando ciertos estándares a seguir. Así, el Tribunal Constitucional viene exigiendo en los últimos años que se «agoten» las posibilidades de localización del demandado (STC 26/2020, de 24 de febrero), que se contrasten los datos obtenidos de registros o del Punto Neutro Judicial «en el momento de realizar la notificación» y que se realicen las indagaciones «conducentes a verificar la idoneidad de la notificación practicada y la localización del demandado» (STC 50/2017, de 8 de mayo). Por su parte, el Tribunal Europeo, en aplicación de su doctrina antes señalada, ha exigido que se busquen direcciones alternativas, si se aprecian indicios de que el sujeto no vive allí (STEDH Asunto *Karesvaara*) o que se realicen otras pesquisas que «razonablemente» estén al alcance del órgano encargado de la notificación. No estaría de más que estas exigencias se incorporaran a nuestra legislación sobre comunicaciones, elevándose, así, de forma clara y expresa el estándar previsto en la LEC para el test de diligencia, evitando con ello la mala praxis de algunos de nuestros tribunales, que tan graves consecuencias tiene en el demandado y que sólo se corrige años después en vía de amparo o de recurso ante el TEDH.

2. Las normas sobre notificaciones deben aplicarse de la forma más eficaz posible, evitando automatismos. Esto implica que hay que huir de un cumpli-

70. Por ejemplo, en Dinamarca (y en sentido similar en Finlandia, en donde auxilia incluso la Policía) al menos deben de intentarlo seis veces. En Croacia, Estonia o Bulgaria, al menos dos veces en un determinado espacio temporal. Véase en el «Study on the service of documents», DMI/Universidades de Upsala y Florencia, de 5 de octubre de 2016, pp. 82 a 84.

miento meramente protocolario (y «simplista») en la práctica de las notificaciones: no se trata, así, de aplicar mecánicamente los métodos de notificación sin más; hay que ir más allá, tratando de buscar la mejor solución en función de las circunstancias del caso, debiéndose, en palabras del Tribunal Constitucional, «extremar las gestiones en la averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales a su alcance» (STC 50/2017, antes citada); así, por ejemplo, para «tratar de localizar el domicilio real de los destinatarios, no tiene sentido reiterar comunicaciones a lugares en donde, por lógica, no se va recibir puesto que se deduce de las actuaciones o de informaciones extraprocesales que el destinatario ya no vive o acude allí». Y, sin embargo, lo que no debe hacerse es cerrar los ojos a la información que incluso puede ser de fácil acceso para el tribunal o, incluso, de notoriedad general. Así ocurrió en el caso del amparo presentado por el Sr. Labrune ante el Tribunal Constitucional (STC 50/2017, de 8 de mayo). Instados frente a él un proceso declarativo y, posteriormente uno ejecutivo, se le declaró en rebeldía por no encontrarlo en el domicilio español, al que se le había notificado de forma reiterada sin éxito (por entrega personal, tras consultar también el Punto Neutro Judicial), lo que conllevó finalmente que terminara embargándose su vivienda en Ibiza. Según argumentaba el recurrente, «pese a tener conocimiento el Juzgado, desde la propia demanda, de que el inmueble sito en Eivissa (isla de Ibiza) no constituía la residencia habitual del demandado, de nacionalidad francesa, todos los actos de comunicación se efectuaron en él y no se emprendió ninguna diligencia de averiguación de su paradero que pudiera reputarse eficaz, en tanto nunca tuvieron por objeto localizar su domicilio en Francia» Y, añadía, que, «mediante una simple búsqueda en internet, a través de google o las numerosas redes sociales en que participa el recurrente, se habría podido saber que el Sr. Labrune era entonces presidente de un conocido equipo de futbol francés —el Olympique de Marsella—, en cuya sede bien pudo intentarse la notificación de la demanda, en aplicación de lo preceptuado en los Arts. 156.3 y 177 LEC». Además, «en el Registro de la Propiedad constaba el Notario ante el que se otorgó la escritura pública de compraventa del bien, escritura en la que figuraba expresamente su domicilio en París». Por tanto, concluía que, «a través de estas dos sencillas diligencias el órgano judicial habría podido acceder a dos lugares en los que proceder con éxito a la notificación de la demanda al recurrente, llevando a cabo sin embargo otras que *ab initio* se mostraban inidóneas y que, a la postre, resultaron estériles». El Tribunal Constitucional, aunque señalaba que no le era «exigible a los órganos jurisdiccionales a los efectos de localización del demandado en un proceso civil» investigar sus datos mediante «buscadores y redes sociales que obran en internet», apreció la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de prohibición de indefensión, por la falta de diligencia del órgano judicial en el acto de comunicación, ya que entendió que, cuanto menos, sí que hubiera sido posible haberle localizado

en la sede del dicho club de fútbol empleando los mecanismos nacionales y transnacionales a su disposición[71].

Y, como el Tribunal Constitucional ha recordado en su reciente Sentencia 26/2020, de 24 de febrero, estas exigencias han de respetarse íntegramente en cada fase jurisdiccional, por lo que resultan de aplicación también en la fase de ejecución: «el proceso de ejecución es un proceso autónomo, respecto del que deben observarse la totalidad de las garantías procesales previstas en el Art. 24.1 CE». En este caso, el demandante reclamó a la mercantil The Quaid Project Limited, al conocido actor Christopher Lee y al representante de su web, el pago de una indemnización por haber utilizado, para la difusión en DVD de la película «JINNAH: The Movie», una pintura realizada por él que pasó a formar parte del cartel de la película, sin contar con su permiso y sin haberle pagado por la utilización de tal obra artística. Los tres codemandados tenían su domicilio en Londres, y tanto la mercantil The Quaid Project Limited, como el señor Lee, fueron juzgados sin su comparecencia, tras atestiguarse como imposible su emplazamiento domiciliario y ser notificados por edictos. Algo similar ocurrió durante la fase ejecutiva, por lo que, de nuevo, se les terminó notificando por edictos. Tiempo más tarde, cuando ya se había actuado frente a su patrimonio en el proceso de ejecución, Christopher Lee tiene conocimiento de lo ocurrido de forma extraprocesal e insta la nulidad del proceso, que le es desestimada por el tribunal. El Tribunal Constitucional estimó su amparo puesto

---

71. Señaló, así, el Tribunal que: «En segundo lugar, el órgano judicial, antes de recurrir a la notificación edictal, pudo emprender otras pesquisas que por el contenido de las actuaciones cabía considerar razonablemente a su alcance. Con independencia de que los distintos buscadores y redes sociales que obran en internet no constituyan un instrumento de investigación exigible a los órganos judiciales a los efectos de la localización del demandado en un proceso civil, en el presente caso no puede descartarse que la condición del Sr. Labrune —presidente del Olympique de Marsella— podía haber facilitado su localización dirigiendo la notificación a la sede de dicho club de fútbol.

Por añadidura, el órgano judicial bien pudo —y debió— exhortar al servicio común de actos de comunicación y ejecución de los Juzgados de Eivissa para que la diligencia de notificación realizada en la calle Pedro Tur se efectuase con respeto escrupuloso de las exigencias legales hasta la fecha incumplidas, lo cual habría permitido al órgano judicial conocer que el recurrente no residía allí y que eran necesarias búsquedas adicionales.

Además, de la demanda se deducía que la parte actora podía conocer más datos de identificación del demandado. En la diligencia de 15 de abril de 2013 se reflejaba que la Sr.ª Sam había informado al Juzgado de que el recurrente se encontraba transitoriamente en la isla, de lo que cabía inferir que aún mantenían contacto, con él o con su pareja. Por otro lado, la relación comercial origen del pleito ascendía a un importe tal que resulta difícil creer que los bienes y servicios fuesen prestados por la allí demandante sin tener garantía de la solvencia del cliente, lo cual podía proceder del conocimiento personal de éste, incluido su cargo de presidente del club de fútbol Olympique de Marsella. El Juzgado, por lo tanto, pudo y debió requerir a la parte actora para que aportara cuantos datos conociese del Sr. Labrune y de su apoderada, que facilitasen la localización del primero.

Por último, tampoco cabe descartar que el órgano judicial hubiera podido recabar, como señala el Ministerio Fiscal, de oficio, y sin perjuicio de las facultades decisorias del Notario autorizante al respecto derivadas del carácter secreto del protocolo, copia de la escritura pública de compraventa del inmueble, al menos en el extremo de la misma relativo al domicilio del demandante de amparo, dato éste de interés objetivo para la resolución del pleito (Art. 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ, Art. 17 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 y Art. 224 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944)».

que entendió que «la notificación por edictos del auto despachando la ejecución, que se acuerda por providencia de 26 de abril de 2010, no fue una modalidad de notificación válida respecto del señor Carandini Lee, porque en ningún momento del procedimiento de ejecución, ni en la fase de apertura, ni una vez despachado el auto definitivo, el órgano judicial intentó en modo alguno la notificación personal de las actuaciones y resoluciones concernidas en el procedimiento a quien fue recurrente en amparo», por lo que había que concluir que «el juez no agotó en absoluto los instrumentos de búsqueda a su alcance que, como alega el recurrente en su demanda de amparo, eran particularmente accesibles habida cuenta de la notoria popularidad de don Christopher Carandini Lee». Y esto sucede, en palabras del Tribunal, porque no cabe dar por buenas las notificaciones hechas en el proceso declarativo, sino que el tribunal está obligado en sede de ejecución a agotar «los instrumentos de búsqueda a su alcance» —máxime cuando en este caso las notificaciones del proceso declarativo habían sido «infructuosas»—.

3. Hay que valorar la conducta de las partes, tanto del actor como del demandado/destinatario, en cuanto a la eficacia de la notificación. En este punto consideramos que nuestro país sí se ajusta a los estándares europeos.

   En cuanto a la conducta del demandante, la LEC establece en el Art. 155 que éste «tiene la carga procesal de que se intente dicho acto en cuantos lugares existe base racional suficiente para estimar que pueda hallarse la persona contra la que se dirige la demanda y debe desplegar la diligencia adecuada en orden a adquirir el conocimiento correspondiente, aunque no cabe exigirle una diligencia extraordinaria» (STS 287/2017, de 12 de mayo). Por tanto, debe aportar al tribunal toda la información que posea sobre el demandado, dando lugar a la nulidad del acto de notificación su posible actuación de mala fe. Esto suele ocurrir cuando el demandante oculta de forma torticera la dirección del demandado, generando su indefensión (STS 287/2017; en sentido análogo, SSTS 2147/2016, de 18 de mayo y 2630/2016, de 9 de junio, entre otras).

   También cabe valorar si la actitud del demandado ha contribuido al fracaso de la notificación. Así, claramente afirma el Tribunal Constitucional que «no puede ser acreedor de esa protección» «quien contribuyó de manera activa o negligente a causar la indefensión de la que se queja[72] al no comparecer en un procedimiento del que tenía conocimiento por cauces diferentes del emplazamiento personal o del que habría podido tener conocimiento si hubiera actuado con una mínima

72. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido en el *Asunto Klopstra c. España* que no aminora esta protección el hecho de que sujeto haya incumplido sus obligaciones contractuales: «el hecho de que hubiera incumplido su obligación de pagar la deuda no significa que ya no tenga derecho a beneficiarse de los derechos protegidos en virtud del Art. 6.1 del Convenio». En sentido similar, en el Asunto *Karesvaara c. España,* de 15 de diciembre de 2020, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos afirmaba que «el tribunal no considera que cierta falta de diligencia por parte de los demandados al firmar los contratos de arrendamiento con una dirección de notificación incorrecta pueda considerarse una indicación de dicha renuncia».

diligencia» (STC 90/2003, de 19 de mayo)[73], si bien es cierto que estas circunstancias han de probarse para poder ser valoradas en el proceso: esa «posible negligencia, descuido o impericia imputables a la parte, o el conocimiento extraprocesal de la causa judicial tramitada inaudita parte, que excluiría la relevancia constitucional de la queja, no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas, sino que debe acreditarse fehacientemente para que surta su efecto invalidante de la tacha de indefensión, pues lo presumido, es justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega» (STC 30/2014). Cuestión también a valorar es si les es atribuible un deber especial de diligencia a ciertos sujetos por razón de su actividad profesional (por ejemplo, a comerciantes o empresarios) en relación a quienes hubieran mantenido con él negocios y actos relacionados con su actividad[74].

4. Empleo de herramientas que refuercen la eficacia de las notificaciones ficticias. Dado que la LEC guarda silencio sobre este punto, consideramos que sería muy positivo para mejorar la eficacia de las notificaciones ficticias que la publicación en edictos fuera acompañada por una comunicación al destinatario por cualquier herramienta que estuviera a disposición del tribunal, ya que, aunque es cierto que es un gran avance que se haga de forma electrónica frente a los tradicionales tablones, esto no quita que poca gente acceda a esta sede para hacer consultas y puede ver esta información. Por tanto, consideramos que, cuando fuere posible, mejoraría la eficacia del sistema la opción de enviar la información al destinatario por mail, SMS o a través de sus redes sociales, en función del medio que se sepa que es más empleado por el destinatario.

---

73. En sentido contrario, el Tribunal Constitucional estimó el amparo por violación del Art. 24 CE al reconocer la falta diligencia del tribunal, sin que cupiera apreciar responsabilidad alguna del destinatario de la notificación: «Finalmente, no existe dato alguno en las actuaciones que permita reprochar al demandante de amparo una actitud consciente y deliberada de impedir o dificultar su localización y de entorpecer el proceso judicial, ni que haya tenido conocimiento del proceso, por lo que ha de concluirse que la ya advertida falta de diligencia del órgano judicial en el emplazamiento del recurrente en el procedimiento de desahucio por falta de pago ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (Art. 24.1 CE)» —STC 30, 2014, de 24 de febrero—.

74. Con todo, esto no quita que incluso en estos casos se procure agotar todas las posibilidades de averiguación. Véase, en este sentido, lo que afirma la Audiencia Provincial de Bilbao en su Sentencia de 20 de junio de 2013 (resolución 277/2013): «Desde lo fundamentado, este Tribunal estima que en este caso el juzgado ha realizado una investigación escasa e insuficiente; y que, en todo caso, es meramente testimonial, en cuanto que en los organismos a los que se ha dirigido difícilmente puede hallarse otro domicilio distinto de aquel en el que el demandante señaló como domicilio social; así las cosas, sostenemos que no hay impedimento alguno, ni dificultad añadida a proceder por parte de los juzgados a enviar oficio al Registro Mercantil interesando información sobre el domicilio del administrador de la empresa demandada; y ello en aras a dar cumplimiento efectivo al derecho de tutela, más en el momento actual de crisis económica en la que no es extraño la desaparición de empresas y/o falta de localización de las mismas en el domicilio social; siendo que la posibilidad interesada por el apelante viene fundada en la conjugación de los Artículos 155 y 156 LEC al permitir el primero de ellos y a los solos efectos de poder llegar a cumplir debidamente con la comunicación procesal de las personas jurídicas efectuar dichos actos en el domicilio del administrador de las empresas, como igualmente otorga el Art. 156 al Secretario del Juzgado la posibilidad de la averiguar el domicilio de los demandados, a través de cualquier organismo, registro y colegios profesionales, para lograr efectuar las citaciones».

c) *Supuestos especiales de aplicación de los estándares del test de diligencia en la regulación española*

1. El Registro Central de Rebeldes Civiles.
   Siguiendo el mandato del Art. 157 LEC para la creación de un Registro de Rebeldes Civiles, concebido para registrar los datos de quienes han sido demandados en un proceso cuando hubiera sido imposible localizar su dirección, el Real Decreto 231/2002, de 1 de marzo, configuró legalmente esta institución. Como reza la Exposición de Motivos de esta norma, este Registro nacía para cumplir una doble finalidad en nuestro proceso: primera, aumentar la celeridad de los procesos civiles, al evitarse «que se repitan en el mismo tribunal en otro procedimiento o por otro órgano jurisdiccional, las mismas averiguaciones con relación a un mismo demandado cuyo domicilio se desconoce», y, segunda, mejorar la seguridad jurídica de los notificados.
   Nadie duda de que el primer objetivo puede cumplirlo sin dificultad: como señalaba BANACLOCHE PALAO, queda claro que ahorra a los tribunales «tiempo y esfuerzo»[75]. Ahora bien, lo que es más discutido es su segundo propósito: de hecho, la mayor parte de la doctrina considera que su efecto es justamente el contrario. Como se recordará, el Art. 157.2 LEC prevé que el Letrado de la Administración de Justicia, si eleva consulta al Registro y comprueba que el demandado consta en él, «podrá acordar directamente la comunicación edictal del demandado»; esto supone, por consiguiente, que se puede acordar la publicación de la notificación por edictos sin llevar a cabo ninguna otra averiguación sobre el domicilio, simplemente amparándose en el hecho de que en otro procedimiento previo no se consiguió averiguar el domicilio del sujeto. Esta situación es especialmente grave si se tiene en cuenta que la LEC no prevé que se informe al demandado de que sus datos constan en este Registro, por lo que, finalizado el primer procedimiento, lo normal es que el sujeto no conozca esta situación (en la que permanece durante cinco años), y así, en la práctica, aunque en el momento del segundo proceso fuera posible localizarle con unas mínimas gestiones, pueden —y suelen— no ordenarse. En línea con lo sostenido por FUENTES SORIANO[76], entendemos que, ni siquiera si se informara de la constancia de sus datos en el Registro, sería posible defender la compatibilidad de esta institución con las exigencias del Art. 24 CE sobre la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión: desde el punto de vista de las garantías esenciales del procedimiento no cabe sostener la efectividad de una notificación no precedida de un serio intento de localización del demandado. Así lo han entendido nuestros tribunales en las pocas ocasiones en las que han teni-

---

75. Cfr. BANACLOCHE PALAO, J., EN BANACLOCHE PALAO, J., VEGAS TORRES, J., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., Y DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2001, p. 320.

76. Cfr. FUENTES SORIANO, O., «Realidad y funcionamiento del Registro Central de Rebeldes Civiles», *Práctica de Tribunales*, núm. 47, 2008, p. 16.

do que enfrentarse a esta cuestión, dado que, afortunadamente, el Registro está teniendo escaso movimiento. Los tribunales coinciden en que en estos casos también es preciso que se hayan agotado otras vías posibles antes de acudir al edicto (SSAP Madrid de 19 de febrero de 2019 (núm. res. 156/2019 y de Barcelona de 18 de abril de 2008 (res. 80/2008), incluso la telefónica, si estuviera disponible (SAP Madrid de 20 de julio de 2006 (res. 873/2006)). Cosa distinta (y valorable positivamente) es que este Registro sirva como último recurso de consulta o como una herramienta más dentro del abanico de posibilidades que tiene el juzgado para asegurarse de que el sujeto no puede ser localizado, pudiéndose tener en cuenta su falta de localización previa para fundar con más peso la decisión de rebeldía. De hecho, muchas de nuestras Audiencias suelen declarar la nulidad de las actuaciones cuando los tribunales se han saltado este paso y no han consultado al Registro Central de Rebeldes Civiles antes de decretar la rebeldía (por ejemplo, en SAP de 12 de diciembre de 2014 (res. 1075/2014[77]), práctica que nos parece ajustada a las exigencias constitucionales.

En conclusión, consideramos oportuno modificar el Art. 157 LEC en el sentido de que no quepa en ningún caso pasar a la notificación por edictos tras una mera consulta en el Registro de Rebeldes Civiles si previamente no se han hecho esfuerzos suficientes previos de localización del demandado.

2. La notificación en los procedimientos de desahucio y en los procesos de ejecución hipotecaria

Tras su reforma por Ley 19/2009, de 23 de noviembre, el Art. 164.IV LEC establece que en los procesos de desahucio del Art. 250.1.1º LEC, cuando no se hubiera podido notificar al demando en el domicilio designado de acuerdo con el Art. 155.3 LEC (esto es, el de la vivienda o local arrendado) y con posterioridad al contrato no se hubiera comunicado fehacientemente un nuevo domicilio al arrendador, se pasa directamente a notificar por la vía edictal. La aplicación de este precepto planteó dudas sobre su constitucionalidad, que fueron analizadas y resueltas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 30/2014, de 24 de febrero. Se trataba de un caso en el que se intentó el emplazamiento personal del destinatario una sola vez en el domicilio del inmueble arrendado, que no era el domicilio que figuraba en el contrato de arrendamiento a efectos de notificaciones, y que, al dar como resultado «desconocido», inmediatamente se procedió al emplazamiento mediante edictos. El Tribunal Constitucional estimó vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del demandante, «por la falta de diligencia del órgano judicial en su obligación de

77. En igual sentido, también la SAP Jerez de la Frontera de 14 de enero de 2010 (Resol. 6/2010), que señala lo siguiente: «entiende la Sala que no se han agotado todas las posibilidades, ya que como bien indica la parte recurrente, queda acudir al registro central de rebeldes civiles y el remitir oficio a la Oficina de Averiguación Patrimonial del decanato o incluso el solicitar la habilitación de horas por la tarde para practicar la diligencia de requerimiento, sin que el juzgado haya dado posibilidad alguna a la parte actora para hacer siquiera una solicitud en tal sentido».

agotar los medios de averiguación del domicilio real para obtener una notificación personal y efectiva, cuando además constaba identificado otro domicilio del recurrente a los efectos de notificaciones en los documentos aportados con la demanda. De hecho, la reforma que proponemos ya se ha consolidado en el ámbito de la ejecución» y, es más, exigió que el precepto cuestionado, el Art. 164.IV LEC, debía ser objeto de una interpretación *secundum constitutionem*, «integrando el contenido de la reforma con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación por edictos, la cual tiene su fuente directa en el derecho de acceso al proceso del Art. 24.1 CE, de manera que la comunicación por edictos en todo procedimiento de desahucio sólo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del deudor o ejecutado». Esta doctrina la ha reiterado el Tribunal Constitucional en pronunciamientos posteriores, como en la Sentencia 181/2015, de 7 de septiembre, y más recientemente, en la Sentencia 137/2017, de 27 de noviembre, y ha sido avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el reciente Asunto *Karesvaara y Njie c. España*, de 15 de diciembre de 2020[78]. Como se recordará, también en 2009 se modificó el *Art. 686.3 LEC*, que regula los requerimientos de pago en el ámbito de la *ejecución hipotecaria*. En sentido muy parecido al 164.IV LEC, desde entonces el Art. 686.3 LEC disponía que procedía la notificación edictal directa cuando se hubiera «intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro». Hasta 2009 el Tribunal Constitucional había interpretado que en estos casos «es necesario que el órgano judicial agote los medios que tenga a su alcance para notificar al ejecutado la existencia del proceso en su domicilio real, de modo que, una vez que surjan dudas razonables de que el domicilio señalado en la escritura del préstamo hipotecario y que figura en el Registro sea el domicilio real del ejecutado, le es exigible que intente, en cumplimiento del deber de diligencia que en orden a la realización de los actos de comunicación procesal le impone el Art. 24.1 CE, el emplazamiento personal del ejecutado en el domicilio que figure en las actuaciones, distinto del que consta en la escritura de préstamo hipotecario y en el Registro (SSTC 245/2006, de 24 de julio, FJ 4; 104/2008, de 15 de septiembre, FJ 3, y 28/2010, de 27 de abril, FJ 4)». Tras el cambio operado en 2009, varios asuntos fueron elevados al Tribunal Constitucional por posibles vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, en términos similares a los planteados en torno a la aplicación del Art. 164 LEC, que resultaron también estimados y que arrojaban idéntica conclusión que en materia de desahucios. Señalaba así el Tribunal Constitucional que, «desde una estricta perspectiva constitucional, proce-

78. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España a abonar a los demandantes unos 11.000 euros al considerar que, al haber recurrido a un anuncio público sin ningún otro intento de servir la citación, las autoridades nacionales no habrían tomado todas las medidas que legítima y razonablemente se había esperado de ellos, ya que en los procedimientos de ejecución posteriores los bienes de los demandantes, así como las direcciones alternativas, fueron localizados rápidamente (para. 55).

de realizar una interpretación *secundum constitutionem* del Art. 686.3 LEC, integrando su contenido, de forma sistemática, con el Art. 553 LEC, precepto rector de la llamada al proceso de ejecución hipotecaria, y con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación edictal, la cual tiene su fuente directa en el derecho de acceso al proceso del Art. 24.1 CE, de manera que la comunicación edictal en el procedimiento de ejecución hipotecaria sólo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del deudor o ejecutado» (SSTC 131/2014, de 21 de julio; 137/2014, de 8 de septiembre; 89/2015, de 11 de mayo). E, igualmente que pasó respecto a los desahucios, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España por las consecuencias de la aplicación del Art. 686.3 LEC. La razón era que, en el asunto planteado (Asunto *Klopstra c. España*, de 19 de enero de 2021, para. 45), el «tribunal había proporcionado datos de dirección insuficientes» y no pensó en buscar «ninguna dirección alternativa», por lo que entendió que «las autoridades nacionales no habían adoptado las medidas que se podían esperar legítima y razonablemente de ellas».

Afortunadamente, a la luz de esta doctrina jurisprudencial, el Art. 686.3 LEC fue modificado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, para adaptarse a los estándares constitucionales nacionales y a los europeos, pero estamos a la espera de que el legislador español decida modificar también los Arts. 157 y 164.IV LEC, respectivamente, para evitar todo posible ámbito de indefensión en este ámbito.

3. La notificación de las subastas judiciales

No sufrió, empero, la misma suerte la regulación sobre las notificaciones judiciales. Antes al contrario: como consecuencia de la aprobación de la Ley 19/2015, de 13 de julio, que introdujo importantes y oportunas novedades en cuanto a la celebración de las subastas electrónicas, se alteró también su régimen de anuncio y publicidad, modificándose el Art. 645 LEC en el sentido de que el mero anuncio de una subasta judicial en el BOE serviría a partir de entonces de notificación al ejecutado no personado[79]. Se suma este precepto a la lista de los que ya hemos comentado en los apartados anteriores, caracterizados todos ellos por prescindir de las garantías básicas fijadas por el Tribunal Constitucional en materia de notificaciones. Como señala la doctrina, la falta de notificación es especialmente grave en estos casos puesto que puede dar lugar a que llegue a subastarse el bien de un sujeto sin su conocimiento[80]. Ante

---

79. Esta previsión afecta, además, no solo a las subastas de bienes muebles, en cuya sección se encuentra el Art. 645 LEC sino también a las de los inmuebles, ya que el 667 LEC se remite al citado precepto en cuanto a su anuncio y publicidad.

80. Máxime porque, como apunta Achón Bruñen, es fácil que haya pasado un «lapso de tiempo considerable desde el requerimiento inicial hasta la subasta por lo que incluso pueden estar poseyendo el inmueble terceros ocupantes a los que sería oportuno requerir sus títulos de posesión» (cfr. Achón Bruñen, M.J., «Comentario crítico de las modificaciones introducidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria por la Ley 19/2015, de 13 de julio», *Diario La Ley*, núm. 8619, 6 de octubre de 2015). También se suman a la crítica de esta situación Sánchez López, B., *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, Ed. La Ley, 2019, p. 421 y Font

esta situación, creemos que es urgente modificar cuanto antes este precepto, si bien, en tanto en cuanto esta reforma no se acometa, entendemos que lo más oportuno es aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre notificaciones, solución que, según señala GARCÍA SOLER, ya están aplicando la mayoría de los juzgados. Así, en la práctica, los tribunales están «publicando el anuncio en el BOE y agotando los medios de averiguación domiciliaria con objeto de practicar, o intentar al menos, la notificación personal del demandado» y así evitan «tener que retrotraer las actuaciones al momento de la convocatoria de la subasta en el caso de ser declarado inconstitucional el mencionado artículo y la consiguiente nulidad de actuaciones basadas en el mismo»[81]

d) ***La influencia de los estándares europeos en los mecanismos ficticios de notificación***

Llegados a un cierto punto, agotados todos los medios y empleada toda la diligencia posible, si se decide que el proceso civil ha de continuar, sólo es posible notificar de forma ficticia, pese a no poder localizar al demandado personalmente. Como señalamos en el primer apartado de este trabajo, así entienden los tribunales europeos que ha de hacerse para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes, pese al riesgo de lesión que esto puede suponer para el derecho de defensa del demandado.

De hecho, todos los países europeos prevén estos mecanismos ficticios, aunque de forma bien diversa. Ante las situaciones de desconocimiento del paradero del destinatario de la notificación, el sistema habitual es el de la publicación, que se lleva a cabo a través de distintos medios, entre los que se cuentan diarios oficiales, tablones de los juzgados (hasta hace poco el vigente en España) o de los ayuntamientos, tablones electrónicos de los juzgados o, incluso, periódicos. Ante los casos de falta de respuesta a la comunicación realizada, algunos sistemas optan por la notificación en la puerta de la casa del destinatario —así, por ejemplo, en Bulgaria, Holanda o Eslovenia—, otros por su entrega al Fiscal —como en Italia o Bélgica— o por la notificación a su último domicilio —como ocurre en Francia o Luxemburgo—[82].

Con todo, coincidimos con las Recomendaciones de ELI/Unidroit en el sentido de que no parece que vaya a ser necesario armonizar la forma de este tipo de notificación, ya que «es previsible que el sistema ficticio en el futuro sea a través de registros electrónicos» (a propósito de la Regla 80 de ELI/Unidroit).

DE MORA RULLÁN, J., «El talón de Aquiles de la subasta judicial electrónica: la notificación de la convocatoria de la subasta a los demandados no personados. Crítica al artículo 654 LEC», *Diario La Ley,* núm. 9203, 2018.

81. En GARCÍA SOLER, E., «La notificación de la subasta judicial al ejecutado no personado». Puede consultarse en: http://www.medinacuadros.es/la-notificacion-de-la-subasta-judicial-al-ejecutado-personado/.

82. Cfr. *Informe de Luxemburgo*, p. 58. También en el Comentario a la Regla 80 de UNIDROIT, *op.cit.,* p. 194.

En España las notificaciones ficticias, que tradicionalmente se realizaban a través de publicaciones en los tablones físicos de los juzgados (Art. 164 LEC), se llevan a cabo desde hace unos meses a través del denominado Tablón Judicial Electrónico, introducido por el RD 327/2021, de 11 de mayo. Mediante este sistema no sólo están colgados en una plataforma electrónica los documentos judiciales que han de ser notificados, sino que, además, brinda a todos los ciudadanos la posibilidad de darse de alta en un sistema de alertas centralizado, de tal modo que les será notificado por esta vía cualquier tipo de notificación judicial que puedan recibir, evitando incómodas situaciones de desinformación e indefensión. Puede, por tanto, considerarse a nuestro país como pionero en el empleo de esta herramienta electrónica, aunque, en la práctica, si los receptores de esta publicación no están dados de alta en el sistema mencionado, lo cierto es que no resulta, de hecho, efectivo. Con todo, creemos que es previsible que a medio plazo estos problemas ya no se planteen desde el momento en que se imponga el empleo de una dirección electrónica obligatoria a todo ciudadano, como señalamos antes que ocurre ya en algún país como Dinamarca[83].

7. Los medios de impugnación frente a las resoluciones dictadas en rebeldía

Ya desde hace años se viene reconociendo de forma generalizada en la Unión Europea como una garantía básica del proceso la necesidad de que puedan revisarse las resoluciones dictadas en rebeldía involuntaria del demandado. Incluso previendo el mejor sistema de notificaciones, hay ocasiones en las que su destinatario no llega a tener noticia del proceso sin que le sea imputable culpa o responsabilidad alguna. Por tanto, para no vulnerar su derecho de defensa se invita a que todos los Estados Miembros arbitren para estos casos mecanismos nacionales de revisión (que podrán ser recursos, mecanismos extraordinarios de revisión o mecanismos de exclusión de la preclusión) como así se ha venido sosteniendo tanto desde el plano legislativo (por ejemplo, en el Reglamento que establece el Título Ejecutivo Europeo —en adelante, RTEE— (Art. 19), en el que prevé el Requerimiento Europeo de Pago (Art. 20), en el Proceso de Escasa cuantía (Art. 18), así como, más recientemente, en el Reglamento de Notificaciones 2020/1784) como jurisprudencial (por ejemplo, en Sentencias del TJUE como la de 17 de diciembre de 2015, en el Asunto *Imtech Marine Belgium*[84]). Aunque esta materia no resulta armonizada, sí que podemos extraer una serie de estándares comunes que pueden servir de parámetros para los mecanismos estatales de revisión previstos a nivel nacional: a) que

83. Entiendo que, como allí, podrán establecerse excepciones respecto a los menores de cierta edad o respecto a los que no tengan posibilidad o habilidad para el uso de las herramientas modernas.

84. C-300/14.

permitan una «revisión plena de la resolución, tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico»[85]; b) que permitan ir más allá de los plazos ordinarios para reaccionar frente a una resolución (de los recursos ordinario o de los mecanismos de oposición), dejando un margen más o menos amplio desde que se dicta la resolución en cuestión pero exigiendo, sin embargo, prontitud al demandado desde que tiene conocimiento de la existencia del proceso o de la resolución referida; c) que los motivos que se prevean puedan ser objeto de una interpretación amplia; en este sentido, varias de las normas europeas no se limitan a señalar los supuestos de «fuerza mayor», sino que también, a modo de «complemento»[86], incluyen las «circunstancias ajenas a la responsabilidad del demandado» (así, por ejemplo, en el RTEE); por su parte, en el Reglamento de Notificaciones de 2020, también prevé un criterio generoso, al señalar en el Art. 22.4.a) que podrá hacerse uso del mecanismos de exención de la preclusión allí previsto cuando el demandado no haya conocido de la existencia de la notificación «sin mediar culpa por su parte».

Analizado el ordenamiento español a la luz de estas exigencias europeas, cabe concluir lo siguiente:

a) Que contamos afortunadamente con instrumentos suficientes para proteger al demandado frente a situaciones de indefensión por defectos en la notificación, puesto que, junto al mecanismo extraordinario de rescisión de sentencias firmes que puede emplear el rebelde involuntario de acuerdo con los Arts. 501 y ss LEC, el demandado tiene a su disposición otros mecanismos para poner de manifiesto estas situaciones: a) la exención de la preclusión en supuestos de fuerza mayor, de acuerdo con el Art. 134.2 LEC; b) los recursos o mecanismos de oposición que estén a disposición del demandado en el momento del proceso en el que se aprecie la infracción; c) cuando ya no fuera posible la denuncia por los cauces ordinarios y tampoco procediera la rescisión por vía del Art. 501 LEC, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones del Art. 241 LOPJ; d) el recurso de amparo ya que la falta de notificación puede dar lugar con frecuencia a la vulneración del Art. 24 CE si coloca al destinatario en una situación de indefensión; e) e, incluso, en los supuestos en los que la notificación no llegó al destinatario por mala fe del demandante o de un tercero, sería posible emplear el mecanismo extraordinario de revisión (Art. 510.1.4º LEC), si pudiera esta conducta reputarse como «cohecho» o «maquinación fraudulenta»[87].

---

85. Cfr. Alba Cladera, F., *La incomparecencia del demandado en los Procesos civiles europeos. Estándares comunes y posibilidades de armonización*, Ed. Aranzadi, 2021, p. 125.

86. Cfr. Gascón Inchausti, F., *El Título ejecutivo para créditos no impugnados*, Ed. Aranzadi, 2005, p. 150.

87. También llega a esta conclusión Gascón Inchausti, F., *El Título ejecutivo…, op.cit.,* p. 150 y Alba Cladera, F., *La incomparecencia…, op.cit.,* p. 189 (que cita SSTS como la núm. 2147/2016, de 18 de mayo y núm. 2630/2016, de 9 de junio, sobre supuestos de esta naturaleza).

b) En cuanto a los motivos para hacer valer estos mecanismos, consideramos que sería oportuno modificar los artículos que prevén como motivo la fuerza mayor (como el Art. 501 o el Art. 134.2 LEC, antes mencionados) con el fin de incluir una formulación más amplia en la que no quedara fuera ningún supuesto de rebeldía involuntaria, a modo de la previsión incorporada en el RN. Nos sumamos, así, a la opinión de Alba Cladera quien señalaba que la casuística de la LEC es demasiada restrictiva, «ya que deja fuera supuestos en los que puede ser de justicia la rescisión de la sentencia dictada en rebeldía», como ocurre, por ejemplo, si se entrega a un sujeto que suplante la identidad del destinatario o si se publicó la notificación por edictos, pero el sujeto no estaba ausente del lugar en que se publicaron[88]. Mientras no se modifique, consideramos que, al menos, sería recomendable que los tribunales adopten una interpretación amplia de lo que ha de entenderse por «fuerza mayor» en estos supuestos.

c) En cuanto a los presupuestos exigibles para solicitar la revisión de la resolución atacada, cabría plantearse si sería oportuno incorporar a nuestra legislación el requisito que ya establecía el Reglamento de notificaciones de 2007 y que vuelve a incorporar el texto de 2020 sobre el examen de la fundamentación de la petición que se hace mediante estos mecanismos extraordinarios. Para permitir la exención de la preclusión en el ámbito transfronterizo, se exige al juez que deba entrar a examinar, aunque sea de forma provisional, si la cuestión litigiosa tiene «algún fundamento» (Art. 22.4.b RN/2020). Si bien es cierto que esta previsión restringiría en cierta medida las oportunidades de defensa del demandado que involuntariamente no pudo acudir al proceso, consideramos que, dado el momento procesal avanzado en el que normalmente se plantean estas cuestiones (con frecuencia, incluso, tras la firmeza de la resolución), al menos podría evaluarse este presupuesto para excluir los casos en los que claramente la pretensión carezca absolutamente de fundamento.

d) En cuanto a los plazos, dos cuestiones merecen, en nuestra opinión, una reflexión. La primera, en cuanto al plazo de caducidad de la acción de rescisión de veinte días desde la notificación de la sentencia que establece el Art. 502 LEC. Consideramos que sería un avance reformular esta norma en el sentido apuntado por los Reglamentos anteriores (por ejemplo, en línea con el Art. 18.2 del Reglamento de escasa cuantía o con el Art. 22.4 RN/2020[89]), fijando como *dies a quo* para el plazo la «fecha en que el demandado tuvo efectivamente conocimiento del contenido de la sentencia y pudo reaccionar», puesto

88. Alba Cladera, F., *La incomparecencia..., op.cit.,* p. 187: «consideramos que hubiera sido más acertado evitar una previsión más detallada de supuestos y configurar la regla a partir de una cláusula general del siguiente tenor: el demandado que haya permanecido constantemente en rebeldía podrá pretender, del tribunal que la hubiere dictado, la rescisión de la sentencia firme si no hubiera tenido conocimiento de la existencia de la demanda y del pleito o no hubiera podido comparecer por causa que no le sea imputable».

89. Que establece que «la demanda tendente a la exención de la precisión sólo será admisible si se formula dentro de un plazo razonable a partir del momento en que el demandado tuvo conocimiento de la sentencia».

que la referencia de la LEC no nos parece muy útil: si el sujeto no se ha enterado de la sentencia, qué sentido tiene que cuente este momento como comienzo del plazo. Eso sí, a partir de este momento, exigirle actuar con prontitud ante los tribunales.

La segunda, en cuanto al plazo máximo para hacer valer este mecanismo: aunque la norma europea de notificaciones establece un mínimo de un año para eximir de la preclusión y nuestra audiencia al rebelde del Art. 501 LEC es respetuosa con ese criterio, creemos que no estaría de más plantearse si no tiene más sentido ampliar el límite temporal a 16 meses o si, como mantienen algunos países, si no es mejor no establecer ningún plazo absoluto para excluir la preclusión en estos casos, como ocurre, por ejemplo, Austria, Irlanda, Letonia y la República Checa.

8. Otros estándares europeos en la protección de los derechos del demandado en materia de notificaciones

8.1. Contenido básico de la notificación

Desde hace años en la Unión Europea se viene entendiendo que la protección integral del derecho de defensa del demandado no se consigue únicamente con la práctica correcta de la notificación, sino que es exigible que su destinatario pueda tener conocimiento pleno de las oportunidades procesales que tiene de oponerse frente a la petición del demandante. En este sentido, el TJUE señalaba en el Asunto *ASML*[90] «que la interposición de un recurso contra una resolución únicamente es posible si el autor de dicho recurso ha podido conocer el contenido de la misma, pues el mero conocimiento de la existencia de dicha resolución no es suficiente a estos efectos». Y, por ende, estimaba que estas normas deben «interpretarse en el sentido de que un demandado únicamente «tiene la posibilidad» de interponer un recurso contra una resolución dictada en rebeldía, si efectivamente ha conocido su contenido por medio de la entrega o notificación efectuada con tiempo suficiente para poder defenderse ante el órgano jurisdiccional del Estado de origen».

Por tanto, es preciso que las notificaciones judiciales cumplan un doble objetivo para que sean respetuosas con los derechos fundamentales: por un lado, que den conocimiento de las actuaciones al destinatario y, por otro, que su contenido sea suficiente para que el demandado pueda darse por informado de todas las opciones de defensa con la que cuenta, dándole tiempo bastante para poder reaccionar. Estos estándares han sido incorporados en no pocos Reglamentos europeos a modo de parámetro mínimo del contenido de las notificaciones que regulaban.

---

90. C-283/05, de 14 de diciembre de 2006.

Así, por ejemplo, el Reglamento 2015/2421, que modifica los procesos de Escasa Cuantía y Monitorio Europeo, prevé que las notificaciones hayan de «contener información sobre las consecuencias para el demandado en caso de que no conteste a la demanda o no asista a la vista oral cuando se le cite, en particular la posibilidad de que pueda dictarse o ejecutarse una sentencia en su contra y la responsabilidad por las costas y gastos procesales» (Considerando 23)[91].

En nuestro ordenamiento el Art. 152.4 LEC fija el contenido de las cédulas de emplazamiento, ajustándose bien, en mi opinión, a los estándares europeos. Recuérdese que este precepto exige que en la cédula «se haga constar claramente el carácter judicial del escrito, y expresará el tribunal o letrado de la Administración de Justicia que hubiese dictado la resolución y el asunto en que haya recaído, el nombre y apellidos de la persona a quien se haga la citación o emplazamiento, y del procurador encargado de cumplimentarlo, en su caso, el objeto de éstos y el lugar, día y hora en que deba comparecer el citado, o el plazo dentro del cual deba realizarse la actuación a que se refiera el emplazamiento, con la prevención de los efectos que, en cada caso, la ley establezca». Con todo, consideramos que quienes apliquen esta norma han de ser especialmente cuidadosos de respetar los dos fines antes señalados, para evitar situaciones generadoras de indefensiones y, por ende, de nulidades procesales.

8.2. La protección frente a la indefensión

El mero incumplimiento de las normas sobre notificaciones ya genera de por sí una situación de indefensión en el demandado, si bien cada ordenamiento puede decidir si considera que esto es suficiente para hacer valer esta situación ante los tribunales (si, por ejemplo, basta con acreditarse que no se ha superado el debido test de diligencia o con apreciar la conducta negligente del demandante) o si se exige algo más. Desde hace unos años en el ámbito europeo, en línea con lo defendido por el TJUE en materia de exequatur, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido que, para apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial del Art. 6.1 CEDH, no basta la práctica inadecuada de la notificación, sino que también es preciso que no le fuera imputable al destinatario de la notificación el no haber «hecho uso de las vías internas para obtener su revocación»[92].

El Tribunal Constitucional español está en línea con ese criterio doctrinal y exige, así, un plus: «que el recurrente en amparo haya sufrido como consecuencia de la

91. Cfr. Gascón Inchausti, F., «La primera notificación al demandado como garantía de la justicia del proceso civil: en busca de los estándares mínimos desde la legislación y la jurisprudencia europea», *Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, Vol. I, p. 1343.

92. Cfr. Gascón Inchausti, F., «La primera notificación…», *op.cit.*, p. 1336.

omisión del emplazamiento una situación de indefensión real y efectiva, lo que no se da cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se persona en la causa»[93]. Esta doctrina constitucional tiene, de hecho, su reflejo en el Art. 166.2 LEC, que establece que, si la persona notificada «se hubiera dado por enterada del asunto y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal, surtirá ésta desde entonces todos sus efectos, como si se hubiere hecho con arreglo a las disposiciones de la ley».

9. Adaptación española a las exigencias del Reglamento 2020/1784 sobre notificaciones

Para terminar este trabajo, nos parece oportuno apuntar brevemente cuáles son las principales cuestiones novedosas que va a tener que considerar el operador nacional (tribunales o partes) a la hora de realizar notificaciones transfronterizas en la Unión Europea tras la aprobación del Reciente Reglamento 2020/1784, de 25 de noviembre.

9.1. Comunicación electrónica con otras autoridades de los Estados Miembros a través de E-Codex

Dado que el Reglamento impone que las autoridades se comuniquen necesariamente por medios electrónicos, será preciso, como antes apuntamos, establecer en España el sistema descentralizado conocido como E-Codex para realizar todas estas transmisiones de información y de documentos entre las autoridades judiciales

---

93. Así, por ejemplo, en la STC 136/2014, de 8 de septiembre (RTC 2014, 136), en su FJ 2, se declara, que «cuatro son los presupuestos que venimos analizando para acreditar la vulneración de este derecho fundamental por falta de emplazamiento personal: 1) La titularidad por el demandante de amparo, al tiempo de la iniciación del proceso, de un derecho e interés legítimo y propio, susceptible de afectación por la causa enjuiciada, en las resoluciones judiciales recurridas. La situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida; 2) La posibilidad de identificación del interesado por el órgano jurisdiccional; 3) El cumplimiento por el órgano judicial de su obligación constitucional de velar para que los actos de comunicación procesal alcanzasen eficazmente su fin, lo que significa, entre otras cosas, concebir los emplazamientos edictales como modalidades de comunicación de carácter supletorio y excepcional (STC 126/1999, de 28 de junio (RTC 1999, 126)) o no presumir sin más que las notificaciones realizadas a través de terceras personas hayan llegado a conocimiento de la parte interesada cuando la misma cuestiona con datos objetivos que así haya sido (STC 113/2001, de 7 de mayo (RTC 2001, 113)); y 4) Por último, que el recurrente en amparo haya sufrido como consecuencia de la omisión del emplazamiento una situación de indefensión real y efectiva, lo que no se da cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se persona en la causa. El conocimiento extraprocesal del litigio ha de verificarse mediante una prueba suficiente, que no excluye las reglas del criterio humano que rigen la prueba de presunciones (por todas, SSTC, 102/2003, de 2 de junio (RTC 2003, 102), FJ 2; 102/2004, de 2 de junio (RTC 2004, 102), FJ 3; 207/2005, de 18 de junio, FJ 2; 246/2005, de 10 de octubre (RTC 2005, 246), FJ 3, y 124/2006, de 24 de abril (RTC 2006, 124), FJ 2)».

entre los Estados Miembros (Art. 5 del Reglamento)[94]. Como señala Aguilera Morales95, es previsible que esta tarea siga encomendándose en nuestro país a los Letrados de la Administración de Justicia o, si existieren, a los Servicios Comunes Procesales del partido judicial adonde se dirija la notificación. Quedamos a la espera de que, en virtud del Art. 8.3 del Reglamento, nuestro país comunique a la Comisión la lengua oficial de la Unión distinta a la suya en la que pueden cumplimentarse los formularios que va a recibir[96].

9.2. Asistencia en la determinación de la dirección del destinatario de la notificación

Para poder prestar la asistencia a la que obliga el Reglamento de 2020, España deberá identificar los medios disponibles para asistir a las autoridades de otros Estados a buscar información sobre la dirección de la persona destinataria de la notificación y deberá decidir si quiere que nuestras autoridades, de oficio, puedan también trabajar en la búsqueda de dicha información (Art. 7). Sin duda, tiene sentido que a este fin sirva el Punto Neutro Judicial, red de servicios del CGPJ, que actualmente pone en conexión a nuestros órganos judiciales con terceras entidades (Administraciones Públicas, Registros, Colegios Profesionales, etc.), con independencia de que pueden también las autoridades europeas servirse de las redes interconectadas a nivel europea sobre registros de sociedades[97].

9.3. Notificaciones a particulares

Podrán en este caso emplearse todas las vías previstas en nuestro país, ajustándose a las exigencias europeas: tanto el empleo de notificaciones por vía postal —Art.

---

94. Así lo disponen, de hecho, los Arts. 4.1.o), 55 y 94.2 de la Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia. En concreto, el Art. 55 prevé al respecto que: «El Ministerio de Justicia establecerá un servicio o aplicación común como nodo para las comunicaciones electrónicas transfronterizas relativas a actuaciones de cooperación jurídica internacional. Deberá cumplir los requisitos de interoperabilidad que se hayan convenido en el marco de la Unión Europea o, en su caso, de la normativa convencional de aplicación, y permitir el cumplimiento de las normas sustantivas y procesales de la Unión Europea y de los Tratados o Acuerdos internacionales en vigor» Y para ello indica que «Las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Justicia asegurarán la interoperabilidad de los sistemas que establezcan con el servicio o aplicación común previsto en este artículo».

95. Cfr. Aguilera Morales, M., «El Reglamento…», *op.cit*, p. 20.

96. En este punto, los Estados normalmente han aceptado varios idiomas. Así, en España, por ejemplo, con el Reglamento de 2007 aceptábamos formularios redactados en inglés, francés y portugués, además de en español. Véase en: https://e-justice.europa.eu/373/ES/serving_documents?SPAIN&member=1.

97. Como señala Richard, no ocurre lo mismo en relación a las personas físicas, ya que a día de hoy no hay un registro de población ni existen mecanismos interoperables de información sobre esta cuestión (cfr. Richard, V., «La refonte du Réglement sur la notification des actes judiciares et extrajudiciares», *Revue critique de droit internationla privé*, 2021/2, p. 356).

18 del Reglamento— (por remisión), como de forma directa (véase lo apuntado *supra* en cuanto a las notificaciones a receptores subsidiarios) —Art. 20 del Reglamento— (en nuestro caso a través de los Letrados de la Administración de Justicia y los Procuradores[98]), así como por medios electrónicos (Art. 19 del Reglamento).

9.4. Gastos de notificación o traslado

Para facilitar la práctica de estas herramientas dentro de la Unión, las tasas o costas derivadas de los servicios prestados por el Estado miembro requerido, no darán lugar a ninguna obligación de abono al Estado requerido. Ahora bien, lo que sí tiene que hacer España es fijar una tasa fija única, que deberá comunicar a la Comisión.

9.5. El uso de la lengua en las notificaciones

Los órganos españoles, cuando actúen en condición de receptores, deberán informar a los destinarios de su derecho a negarse (en un plazo de dos semanas desde su recepción) a recibir el documento que se les notifica o traslado si no está redactado en una de estas lenguas (o no se acompaña traducción a ellas): una que el destinatario entienda, la lengua oficial del Estado miembro requerido o la del lugar en donde deba efectuarse la notificación (Art. 12). Dado que el órgano receptor no tiene potestad para pronunciarse sobre esta cuestión, la remitirá al órgano del Estado miembro de origen, que será el encargado de valorar si la negativa ha de estimarse teniendo en cuenta las circunstancias que le constan del destinatario (como se señala en el Considerando 26º del Reglamento, por ejemplo, si existen documentos que éste hubiera redactado en ese idioma, si es ciudadano de ese Estado o si ha residido allí largas temporadas, entre otras consideraciones). Estas deficiencias lingüísticas o la propia omisión de la información sobre el derecho a negarse pueden ser subsanadas de conformidad a lo dispuesto en el Art. 12.5 del Reglamento. En cualquier caso, adviértase que este examen sobre la idoneidad de la lengua empleada en la notificación se hará siempre a instancias del destinatario, ya que el propio Tribunal de Justicia de la Unión ha negado que esta facultad deba ejercitarla por su propia iniciativa (así, por ejemplo, en el Asunto *Alta Realitat* antes citado).

---

98. Como señala Alba Cladera, hasta que la Ley 42/2015 atribuyó a los Procuradores la tarea de notificar el primer emplazamiento al demandado, España había señalado que no era aplicable esta modalidad de notificación o traslado directo, que ahora sí se permite en nuestro país. Cfr. Alba Cladera, F., «Algunas cuestiones sobre la refundición del Reglamento Europeo relativo a la notificación y al traslado de los documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil», *Revista General de Derecho Procesal* 54 (2021), p. 26.

9.6. Notificaciones infructuosas

España deberá volver a informar a la Comisión (para que conste nuevamente en el Portal E-justice, tal y como lo hizo en referencia al Reglamento de 2007[99]) si con el RN va a seguir permitiendo a sus tribunales dictar sentencia, aunque no se haya recibido certificación de la notificación, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el Art. 22.2 RN/2020[100].

9.7. Plazo para ejercitar la facultad de solicitar la exención de la preclusión respecto de las sentencias dictadas en rebeldía

Por último, España también deberá informar sobre el plazo en el que permita ejercitar la exención de la preclusión, de conformidad con el Art. 22.4 del Reglamento, que, casi con seguridad, seguirá siendo de un año a partir de la fecha de la resolución, de conformidad con lo previsto en la LEC.

10. Conclusiones

A la vista de lo expuesto, se pueden formular las siguientes conclusiones:

1) Que el régimen español de notificaciones tiene mucho que agradecer a Europa, ya que, como hemos visto, la obligación de tener que ajustarse a los estándares mínimos fijados tanto por vía legislativa como jurisprudencial por la Unión Europea y por el Consejo de Europa, nos ha obligado a mejorar muchos de los aspectos de nuestra regulación que ponían en serio peligro los derechos de los destinatarios de las comunicaciones judiciales.

2) Que, con todo, como hemos visto, todavía hay algunos espacios que precisan de adaptación urgente porque, mientras no se reformen, siguen provocando importantes disfunciones en la práctica de las notificaciones (por ejemplo, en el ámbito de los procesos de desahucio, con la notificación de las subastas judiciales o por lo que respecta al funcionamiento del Registro de Rebeldes Civiles), que cuesta mucho tiempo y dinero corregir.

---

99. Disponible en: https://e-justice.europa.eu/373/ES/serving_documents?SPAIN&member=1.

100. Recuérdense: «a) que el documento ha sido transmitido según algo de los modos previsto por el presente Reglamento; b) que ha transcurrido, desde la fecha de la transmisión del documento, un plazo que el órgano apreciará en cada caso concreto y que será, al menos, de seis meses; y c) no obstante las diligencias oportunas (*recuérdese lo señalado sobre esta expresión supra*) ante las autoridades competentes o entidades del Estado miembro requerido, no se ha podido obtener certificación alguna».

3) Que, a la vista de lo que se está haciendo en países de nuestro entorno y de las propuestas realizadas por Unidroit con sus Reglas Modelo, sería oportuno plantearse la implementación en nuestro país de nuevos modos de notificación más efectivos, teniendo en cuenta que los medios modernos tecnológicos con los que ya contamos de forma generalizada en España a día de hoy permiten simplificar y acelerar las comunicaciones judiciales sin pérdida de garantías, tal como ocurriría con las notificaciones vía mail o SMS certificado o si generalizara el uso de una identificación electrónica para que todas las personas, físicas o jurídicas, se relacionen con la Administración de Justicia.

11. Bibliografía

Achón Bruñen, M.J., «Comentario crítico de las modificaciones introducidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria por la Ley 19/2015, de 13 de julio», *Diario La Ley*, núm. 8619, 6 de octubre de 2015.

Aguilera morales, M., y Cubillo López, I., Capítulo III: «Transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales a efectos de notificación y traslado», en De la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil Europeo. Vol. II: Acceso a la justicia y auxilio judicial en la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, 2011, pp. 175 a 249.

Aguilera Morales, M., «El Reglamento UE/2020/1784, sobre notificaciones y traslado de documentos: novedad e implicaciones internas», *Revista General del Derecho*, nº 53, mayo 2022.

Alba Cladera, F., «Algunas cuestiones sobre la refundición del Reglamento Europeo relativo a la notificación y al traslado de los documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil», *Revista General de Derecho Procesal* 54 (2021), p. 26.

Alba Cladera, F., *La incomparecencia del demandado en los Procesos civiles europeos. Estándares comunes y posibilidades de armonización*, Ed. Aranzadi, 2021.

Banacloche Palao, J., en Banacloche Palao, J., Vegas Torres, J., Díez-Picazo Giménez, I., y De la Oliva Santos, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Madrid, p. 320.

Cubillo López, I., *Actos procesales, comunicación procesal y medios electrónicos*, Ed. La Ley, 2019.

Deloitte, *Estudio de apoyo al Informe de Impacto*, junio de 2018.

Font De Mora Rullán, J., «El talón de Aquiles de la subasta judicial electrónica: la notificación de la convocatoria de la subasta a los demandados no personados. Crítica al artículo 654 LEC», Diario La Ley, núm. 9203, 2018.

Fuentes Soriano, O., «Realidad y funcionamiento del Registro Central de Rebeldes Civiles», *Práctica de Tribunales*, núm. 47, 2008, p. 16.

García Soler, E., «La notificación de la subasta judicial al ejecutado no personado»; puede consultarse en: http://www.medinacuadros.es/la-notificacion-de-la-subasta-judicial-al-ejecutado-personado/.

García- Varela Iglesias, R., «A propósito de la interoperabilidad de la Administración de Justicia», Diario La Ley 26/04/2021.

Gascón Inchausti, F., «Electronic service of documents. National and international aspects», en Kengyel, M. Y Nemessanyi, Z., *Electronic Technology and Civil Procedure: new paths to justice form around the world*, Ed. Springer, 2012.

Gascón Inchausti, F., «Service of proceedings on the defendant as a safeguard of fairness in civil proceedings: in search of minimum standards from EU legislation and European Case-law», *Journal of Private International Law*, 13:3, 2017.

Gascón Inchausti, F., «La primera notificación al demandado como garantía de la justicia del proceso civil: en busca de los estándares mínimos desde la legislación y la jurisprudencia europea», *Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, Vol. I, pp. 1329 y ss.

Gascón Inchausti, F., *El título ejecutivo europeo para Créditos no impugnados*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2005.

— «Informe Luxemburgo»: «An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law Report prepared by a Consortium of European universities led by the MPI Luxembourg for Procedural Law as commissioned by the European Commission» (JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082). Véase en: https://ec.europa.eu/newsroom/just/redirection/document/49503.

Marchal Escalona, N., *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Ed. Comares, 2002.

Pérez Daudí, V., «Diálogos para el futuro judicial XXXX. Los actos de comunicación en el marco de la Justicia Digital», *Diario La Ley*, núm. 10019, de 1 de marzo de 2022.

Quattrocolo, S. y Ruggeri, S., *Personal participation in criminal proceedings*, Ed. Springer, 2019.

Richard, V., «La refonte du Réglement sur la notification des actes judiciares et extrajudiciares», *Revue critique de droit international privé*, 2021/2, pp. 346-360.

Sánchez López, B., *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, Ed. La Ley, 2019.

Storskrubb, E., «E-justice, innovación and the EU», en Hess, B. & Kramer, X., *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Ed. Kart, 2017.

— «Study on the service of documents», DMI/Universidades de Upsala y Florencia, de 5 de octubre de 2016.

Capítulo 5 | El problema de la asimetría informativa y el acceso a las fuentes probatorias: influjo europeo y posibilidades de reforma en España

*Felip Alba Cladera**

SUMARIO: 1. ASIMETRÍA INFORMATIVA. 2. INFLUJO EUROPEO: 2.1 Las directivas europeas; 2.2 Acceso a información y fuentes de prueba en manos de la contraparte o un tercero en las *European Rules* de ELI/UNIDROIT. 3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA: 3.1 Las diligencias preliminares y la exhibición documental; 3.2 Transposición de la Directiva 2004/48/CE y la Directiva 2014/104/EU; 3.3 Algunos problemas acaecidos en la aplicación de las medidas de acceso a fuentes de prueba del art. 283 bis LEC: *3.3.1 Peticiones de documentos no existentes, que tengan que ser creados ex novo; 3.3.2. Salas de datos; 3.3.3 Carga de la prueba; 3.3.4 Prueba ilícita*. 4. POSIBILIDADES DE REFORMA. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Asimetría informativa

En el proceso civil, con carácter general, son las partes las que deben procurar acceder a la información relevante y a las fuentes de prueba sobre las que fundamentar sus pretensiones o defensas y luego proponer los medios de prueba que correspondan. No obstante, en ocasiones ello es imposible porque no disponen de las fuentes de prueba, ya que se hallan en poder de la contraparte o un tercero. Este desequilibrio en la disposición del acervo probatorio dificulta que pueda alcanzarse la verdad material y, a la postre, que se prive de tutela judicial al merecedor de la misma.

La principal solución que tenemos en la legislación procesal española para afrontar el problema de la asimetría informativa y el acceso a las fuentes probatorias es la *carga material de la prueba*, cuyas reglas permiten resolver al tribunal, «en atención a unos criterios de justicia y eficacia»[1], cuál de las partes ha de soportar el perjuicio

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal – Universidad de las Islas Baleares.

1. Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 299.

derivado de la falta de prueba sobre hechos controvertidos. Luego, con una eficacia muy limitada e incompleta, tan solo disponemos de las diligencias preliminares y del deber de exhibición documental; ya que el único instrumento que opera como una auténtica medida de acceso a fuentes de prueba se limita por razón de la materia a las acciones de daños derivados de infracciones a las normas de defensa de la competencia y a las acciones civiles de defensa de secretos empresariales.

No obstante, desde Europa, desde varios frentes, se está apostando por impulsar instrumentos que, salvando las distancias, recuerdan al *discovery* anglosajón. Se plantean mecanismos que permitan acceder, siempre con control judicial y atendiendo a criterios de proporcionalidad, a las partes a fuentes de prueba que no estén a su disposición, sino en la de la contraparte o un tercero. A continuación, trataremos de analizar ese influjo europeo para concluir cómo puede o debe influir en nuestra legislación procesal.

2. Influjo europeo

2.1. Las directivas europeas

La Unión Europea al tratar de armonizar —verticalmente— la regulación de determinados sectores especiales (art. 114 TFUE) ha introducido en las legislaciones procesales nacionales mecanismos de acceso a información y fuentes de prueba para una mejor tutela de derechos de carácter sustantivo, en particular, los derechos de propiedad intelectual e industrial (Directiva 2004/48, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual) y en materia de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia (Directiva 2014/104/EU, 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).

Que estas directivas puedan servir como fuente de inspiración para una reforma de alcance general en las legislaciones procesales nacionales para que prevean instrumentos para acceder a información y fuentes de prueba en poder de la contraparte o de terceros ya ha sido planteado por muchos autores[2], así como se propuso,

---

2. Vallines García, E., «Harmonising Acces to Information and Evidence: The Directives on Intellectual Property and Competition Damages», *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, Gascón Inchausti, F.; Hess, B. (eds.), Intersentia, Cambridge, 2020, págs. 157 a 159; Gascón Inchausti, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 133 y 134; Trocker, N., «From ALI-UNIDROIT Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary Outlook and some suggestions», *Uniform Law Review*, vol. 19, 2014, pág. 282; Wagner, G., «Harmonization of Civil Procedure: Policy Perspectives», Kramer, X.E.; Rhee, C.H. (eds.), *Civil Litigation in a Globalising world*, T.M.C Asser Press, La Haya, 2012, págs. 104 y 110;

de hecho, en España por el prelegislador sin éxito[3]. En el ámbito supranacional, aunque como *soft law*, las *European Rules of Civil Procedure* en esta materia también toman como punto de partida, precisamente, estas directivas.

> En los epígrafes que siguen, optamos, primeramente, por profundizar en las *European Rules of Civil Procedure*, ya que, por su novedad, los estudios al respecto, todavía, son escasos. Sobre el acervo comunitario en la materia volveremos, más que realizando un análisis *stricto sensu* de las directivas —los cuales ya son numerosísimos—, analizando la transposición de éstas en España y ver qué tenemos más en nuestro país en materia de acceso a información y fuentes de prueba para poder responder, en definitiva, a la pregunta planteada por el proyecto de investigación en el que se enmarca este trabajo: ¿cumple el proceso civil español con las exigencias y estándares europeos?

2.2. Acceso a información y fuentes de prueba en manos de la contraparte o un tercero en las *European Rules* de ELI/UNIDROIT

Recientemente, el *European Law Institute* y UNIDROIT[4], inspirándose en los *Principles of Transnational Civil Procedure* del *American Law Institute* (ALI) y UNIDROIT, han aprobado las *European Rules of Civil Procedure*[5]. Se califican estas reglas como *europeas* en un sentido amplio, ya que éstas no emanan de ninguna institución de la Unión Europea ni, por supuesto, implican ningún tipo de vinculación ni por la propia Unión ni por sus Estados miembros.

Las *European Rules of Civil Procedure* (en adelante, ERCP) son *reglas modelo*, de modo que podrán ser, por una parte, fuente de inspiración para el legislador y, por otra, instrumento de *soft law*. De hecho, en este trabajo las tomamos como uno de los puntos de referencia para plantear una reforma de la legislación procesal civil española en materia de acceso a fuentes probatorias. En este ámbito, las ERCP se nutren, además de tener en cuenta la diversidad en la materia de los respectivos ordenamientos procesales, en gran medida del acervo comunitario, refiriéndose explícitamente a la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual y a la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones

---

3. *Vid. infra* epígrafe cuarto.

4. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

5. Para una aproximación general a estas reglas, *vid*. Gascón Inchausti, F., «Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, Nº 1, 2021, págs. 277 a 297.

por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Las ERCP, en sede de disposiciones generales[6], declaran el derecho de las partes a acceder a fuentes de prueba razonablemente identificadas —siempre que no estén protegidas por un *privilege*[7]— que estén en poder de la contraparte o de un tercero (*rule* 25.2); especificando, además, que no será una objeción válida a esta regla el principio *nemo tenetur edere contra se*, rigiendo, por el contrario, un deber general de cooperación, aunque, eso sí, siempre sometido a los límites propios del criterio de proporcionalidad[8].

No obstante, estas reglas modelo no se quedan ahí y plantean una regulación exhaustiva de como articular las medidas de acceso a fuentes de prueba en el seno del proceso civil[9]. Veámoslo.

A) Finalidad

El referirnos a fuentes de prueba no es baladí, ya que prueba será tan solo cuando se incorpore al proceso a través del medio de prueba que corresponda (*rule* 101.3). Hay que precisar que tales medidas no permiten únicamente tener acceso a fuentes de prueba, sino, también, a cualquier tipo de información que pueda servir para preparar una demanda —por ejemplo, para determinar contra quién— o para que el potencial actor valore si debe interponerla; es decir, para lo que sirven *nuestras* diligencias preliminares.

B) Sujetos

El solicitante de unas medidas de acceso a fuentes de prueba o información puede ser, con el proceso iniciado, cualquiera de las partes, demandante y demandado. Y, antes de que se haya iniciado proceso alguno, el eventual actor que tiene intención, *a priori*, de iniciar el proceso (*rule* 101.1).

En cuanto al sujeto pasivo de la medida de acceso a fuentes de prueba, éste no siempre será el eventual demandado, sino que lo puede ser, también, un tercero.

---

6. PART I - GENERAL PROVISIONS; SECTION 3 – Proceedings; B. Facts, evidence and applicable law.
7. *Vid*. *rule* 91.
8. *Vid*. *rules* 2, 3, y 5 a 8.
9. PART VII - ACCESS TO INFORMATION AND EVIDENCE; SECTION 2- Access to evidence orders.

C) Criterios en la adopción de medidas de acceso a fuentes de prueba

En línea con lo adelantado por la *rule* 25.2, la *rule* 100 insiste en que cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal acceso a fuentes de prueba, siempre y cuando éstas no sean *privilegiadas*[10] y estén suficientemente identificadas, en poder o a disposición de la parte contraria o un tercero, aunque ello pudiera ir en contra de los intereses de estos últimos[11].

Como bien se reconoce en los comentarios que acompañan a estas reglas, se intenta articular un sistema de acceso a fuentes de prueba muy distinto al *discovery* estadounidense[12]. Por esta razón, se establecen unos criterios para adoptar la medida dirigidos a evitar «investigaciones prospectivas» o, usando términos anglosajones, *fishing expeditions*, es decir, medidas dirigidas a ver qué «pesco»: solicitudes de acceso a fuentes de prueba demasiado amplias o prematuras, indeterminadas, puramente especulativas (*rule* 102.4).

El solicitante de la medida deberá (a) identificar, con la mayor precisión posible atendiendo a las circunstancias del caso, las fuentes específicas de prueba a las que solicita acceder o, alternativamente, (b) identificar categorías de pruebas especificando su naturaleza, contenido o fecha (*rule* 102.1).

Además, deberá demostrar que la fuente de prueba o información a la que se pretenda acceder guarda relación con el objeto del proceso y es necesaria para esclarecer hechos controvertidos (*rule* 102.2.a); que no podría tener acceso sin la asistencia del tribunal —principio de subsidiariedad— (*rule* 102.2.b); y, por último, que tanto la naturaleza como la cantidad de información o fuentes de prueba solicitada es razonable y proporcionada, debiendo el tribunal, para valorar dicha razonabilidad y proporcionalidad, tener en cuenta los intereses legítimos de las partes e interesados no partes (*rule* 102.2.c).

Cuando la solicitud tenga lugar antes del inicio del proceso, el solicitante deberá indicar con suficiente precisión todos los elementos necesarios para que el tribunal pueda identificar el objeto del proceso que pretende eventualmente iniciar (*rule* 102.3).

---

10. Los *privileges* son reglas probatorias que permiten al titular del mismo negarse a dar acceso a tal material probatorio o que éste sea utilizado en un proceso sin su consentimiento (por ejemplo, el *attorney-client privilege* o el *spousal privilege*), ya que se considera que hay intereses que hay que proteger por encima del derecho a la prueba. *Vid*. *rule* 91.

11. *Vid*. también *rule* 101.1.

12. *Vid*. los comentarios que acompañan a la *rule* 100.

D) Elenco de posibles medidas

El acceso a las fuentes de prueba no se restringe a unos tipos de fuentes de prueba, no hay limitación alguna («all forms of relevant and non privileged evidence»[13]): testifical, declaraciones juradas de las partes[14], documental, audiovisual, pericial o reconocimiento judicial de algún lugar, objeto o persona.

Además, se prevé que una solicitud de acceso a fuentes de prueba pueda acompañarse simultáneamente de una solicitud de medidas de anticipación o aseguramiento de prueba (*rule* 101.2).

E) Requisitos de tiempo

Como hemos avanzado, las *european rules* permiten presentar una solicitud de acceso a fuentes de prueba antes del inicio del proceso, en el momento de presentación de la demanda o durante el transcurso del proceso (*rule* 106.1).

Cuando la solicitud se curse con anterioridad al inicio del proceso, la *rule* 106.2 señala que debería imponerse un límite temporal al solicitante de la medida para iniciar el proceso —añadiendo que sea *razonable*, pero sin indicar específicamente cuál—. Apuntando, acto seguido, que, si el solicitante no iniciara el proceso en dicho lapso, el tribunal debería anular la orden de acceso y ordenar la devolución de cualquier fuente de prueba o información o, incluso, imponerle una sanción. En los comentarios que acompañan a la *rule* 106, se apunta que, en casos «serios», el tribunal, de oficio, podrá condenar en costas al solicitante y declararle responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto pasivo de la medida. No obstante, nosotros consideramos que, en todo caso, cuando las medidas se hubieran acordado antes de la incoación del proceso y el solicitante de las mismas no presente demanda, el tribunal, de oficio, debe condenarle en costas y declararle responsable de los eventuales daños y perjuicios que haya podido causar al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas[15]. Salvo que, lógicamente, el incumplimiento de iniciar el proceso se deba a que la información o fuente de prueba obtenida le haya disuadido de iniciarlo, más allá de que le sea requerida la devolución de los documentos u otros materiales probatorios obtenidos.

Otra posible medida a adoptar en estos casos es que se declare que la información obtenida no podrá ser usada por el solicitante —o cualquier otra persona a quien se le haya revelado la información—en ningún otro proceso.

---

13. *Rule* 100.a.

14. *Rule* 117.1: «A party may, with the court's consent, present a written statement of sworn testimony from any person. Such a statement must be in their own words and contain their testimony about relevant facts».

15. Tal y como se prevé en el art. 283 bis e) 2.a LEC.

El comentario que acompaña a la *rule* 106 no elude una cuestión que es controvertida: ¿las solicitudes previas al proceso son válidas a efectos de apreciar la litispendencia? En principio, la respuesta debería ser negativa, ya que la regla general, y es lógico que así sea, es que la litispendencia se inicia con la interposición de la demanda —tanto desde el prisma del Derecho procesal europeo[16] como del interno español—. No obstante, esta regla general, sin matizaciones, conlleva problemas: si después de la solicitud, pero antes de la presentación de la demanda, se presenta una demanda *torpedo* en otra jurisdicción; lo contrario, también abriría la puerta a *torpedear* con la mera solicitud de una medida de acceso a fuentes de prueba (o de aseguramiento o anticipación probatoria, o una medida cautelar). Para dar solución a la determinación de la prioridad en el tiempo a efectos de resolver una situación de litispendencia, como bien apunta Gascón Inchausti[17], podrían ser útiles aquellas normas procesales que condicionen la eficacia de las actuaciones preprocesales a la interposición de la demanda en un plazo determinado. Así, si la medida preprocesal solicitada era necesaria y se acompaña de una diligencia en el plazo en el que se interpone la demanda, tendrá prioridad temporal. Aunque ello no es una solución de carácter taxativo, por lo que cabrá siempre el riesgo de que las ponderaciones de los tribunales en liza difieran y consideren que las actuaciones procesales incoadas ante ellos son las primeras en el tiempo, es la única posible[18].

F) Procedimiento

En cuanto a las cuestiones de procedimiento que contemplan las *european rules* para tramitar una solicitud de acceso a fuentes de prueba, es de relevancia que se permita la adopción de la medida *inaudita parte* (*rule* 107.2), siempre y cuando concurran circunstancias excepcionales que la justifiquen (por ejemplo, urgencia derivada de un riesgo de destrucción u ocultación). Lógicamente, *a posteriori*, se garantizará el derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida con una audiencia con todas las partes afectadas que permita revocar tal medida.

Otra cuestión que destacar es que el sujeto pasivo de la medida podrá solicitar que se recurra a una forma o método distinto de acceso, siempre que éste no sea menos efectivo, debiendo demostrar que la alternativa propuesta no será más gravosa para la parte a la que se debe proporcionar acceso (*rule* 107.4).

---

16. STJUE de 4 de mayo de 2017, asunto C-29/16, *HanseYachts AG*.

17. Gascón Inchausti, F., «Litispendencia internacional y actuaciones previas al proceso [consideraciones a propósito de la STJUE de 4 de mayo de 2017 (Hanseyachts) y de la STJUE de 20 de diciembre de 2012 (Schlömp)]», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 10, nº 1, págs. 588 a 589.

18. *Ibidem*, pág. 599.

G) Confidencialidad

Las *European Rules* prevén una serie de salvaguardas para conjugar la protección de la información confidencial con el acceso a la misma en el seno de un proceso (*rule* 103). Así, se recogen expresamente, pero sin ánimo de exhaustividad, unas medidas que el tribunal puede adoptar para facilitar la accesibilidad al mismo tiempo que se preserva la confidencialidad: realización de audiencias a puerta cerrada; restricción del acceso a la información o a la fuente de prueba a sujetos determinados; limitación del acceso a los representantes, abogados y peritos de las partes que estén sujetos al deber de confidencialidad; recurso a expertos para que elaboren un resumen de la información en forma agregada para salvaguardar lo confidencial; y redacción de una versión no confidencial de la decisión judicial eliminando los pasajes que contienen información confidencial. Además, en los comentarios, se apunta que, en casos excepcionales, el acceso a la información confidencial —como, por ejemplo, la relativa a secretos comerciales sumamente importantes— podría facilitarse, en primer lugar, solo al tribunal, para que éste valore si tal información puede ponerse a disposición del solicitante.

La *rule* 104 recoge las sanciones que puede imponer el tribunal cuando una de las partes incumple las obligaciones de confidencialidad y realiza un uso indebido de la información obtenida, todo ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal que corresponda. De este modo, siempre previo juicio de proporcionalidad, el tribunal podrá desestimar total o parcialmente las acciones ejercitadas o las excepciones opuestas; declarar al infractor civilmente responsable de los daños y perjuicios causados; condenar al infractor en costas del incidente de acceso a las fuentes de prueba e, incluso, del proceso principal, desconociendo por completo el principio de vencimiento; e imponer multas, no solo a la parte que haya infringido el deber de confidencialidad, sino, incluso, también, a sus representantes y abogados. Empero, se considera que la sanción de la *rule* 104.1.a —es decir, la desestimación de pretensiones— debe utilizarse solo para las infracciones más graves y cuando las sanciones pecuniarias por sí solas no alcancen un efecto disuasorio suficiente.

H) Ejecución

El tribunal utilizará todos los medios que fueran necesarios para garantizar la eficaz ejecución de las órdenes de acceso (*rule* 109). En todo caso, podrá disponer lo que proceda sobre el lugar y modo en el que se ejecutará la orden; permitir que el solicitante pueda acompañarse por un experto en la materia —que actuará, lógicamente, a su costa—; adoptar medidas de aseguramiento o anticipación de la fuente de prueba; acordar la entrada y registro de lugares ce-

rrados y domicilios, así como la ocupación de documentos y objetos que en éstos se encuentren.

I) Incumplimiento de las órdenes de acceso

El incumplimiento de las órdenes de acceso por parte del sujeto pasivo de la medida, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal por desobediencia y la adopción de las medidas coactivas de ejecución a las que nos hemos referido en el apartado anterior, habilitará al tribunal, siempre a instancia de parte (*rule* 110.2), a que declare como admitidos hechos a los cuales las fuentes de prueba supuestamente se refieran (*rule* 110.1.a); que se tenga al demandado o al futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas o que se vayan a formular (*rule* 110.1.b); o que se imponga al destinatario de las medidas una multa coercitiva por cada día de retraso en el cumplimento de la medida (*rule* 110.1.c).

Si la evidencia se destruye u oculta, o la capacidad de implementar una eventual orden deviene imposible antes de que se emita la misma, se aplicará la disposición general de la *rule* 27[19], lo que dará lugar a resultados equivalentes.

J) Costes

De los gastos ocasionados por la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba se hará cargo el solicitante de las mismas; pudiendo, además, el tribunal requerir a éste para que reembolse de forma inmediata dichos gastos al sujeto pasivo de la medida (*rule* 108.1). Además, responderá de los daños y perjuicios que puedan resultar de la utilización indebida de dichas medidas. Y, en congruencia con esto último, se prevé que, a instancia del sujeto pasivo de la medida, el tribunal pueda ordenar al solicitante que presté caución —previa a la adopción de la medida— suficiente para responder de los gastos generados y, eventualmente, de los daños y perjuicios ocasionados (*rule* 108.2). Sin embargo, el tribunal, al final del proceso, aplicando el criterio general de vencimiento en la

19. *Rule* 27. *Sanctions for Non-Compliance with Rules and court Orders*: (1) The court shall disregard factual allegations, modifications of claims and defences, and offers of evidence that are introduced later than permitted by these rules or by court orders, including those concerning amendment. Preclusion does not apply if the court could have taken notice of the party's failure or mistake and itself failed to raise with the parties whether they wished to seek an amendment or relief from sanction. (2) As a general rule, the court may continue the proceedings and decide on the merits based on the facts and evidence available to it. (3) The court may draw negative factual inferences, order a party or their lawyer to bear the costs of non-compliance, or in serious cases of noncompliance render an *astreinte*, an order for payment of a fine, administrative sanction as provided by national law, or hold the non-compliant party in contempt. (4) In assessing the nature of any compensation or fine under this rule, the court may require payment on the following bases: a lump sum; an amount per period of breach; or, an amount per offence. In the latter two cases the amount may be subject to a maximum as determined by the court.

imposición de costas, puede no imputar las que deriven del incidente de acceso a fuentes de prueba al promotor del mismo si éste resulta vencedor del litigio principal (*rule* 108.3).

3. El estado de la cuestión en España

3.1. Las diligencias preliminares y la exhibición documental

Con carácter general, sin limitaciones *ratione materiae*, nuestra legislación procesal civil pone a disposición de las partes dos mecanismos para obtener información o fuentes de prueba en poder de la contraparte o de un tercero: las diligencias preliminares de los arts. 256 y ss. LEC y la exhibición documental de los arts. 328 y ss. LEC. Veamos, a continuación, sus particularidades y, sobre todo, sus limitaciones.

Por una parte, el potencial demandante dispone de un instrumento para obtener —y que no podría por sí mismo y sin auxilio judicial— información acerca de algunos aspectos cuyo desconocimiento impide formular la demanda adecuadamente y, principalmente, aclarar la conveniencia de iniciar el proceso: las diligencias preliminares. De este modo, al ser actuaciones previas al proceso cuya finalidad es la preparación de la demanda y el proceso correspondiente, éstas únicamente pueden ser solicitadas a instancia de la futura parte actora.

Sin embargo, las diligencias preliminares no sirven, al menos *a priori*, para tener acceso a una fuente de prueba; repetimos, la finalidad es conseguir información sobre quién ostenta la legitimación pasiva; aclarar cuestiones de capacidad o representación; incluso, también, sobre la legitimación activa o hechos fundamentales para el éxito de la demanda. La diligencias preliminares que pueden solicitarse se encuentran limitadas por un *numerus clausus* dispuesto en el art. 256.1 LEC[20] o por las previstas en otras leyes especiales (art. 256.1.9º)[21]. Y decíamos que las diligencias preliminares no sirven en principio para que el futuro actor acceda a fuentes de prueba, pero sí que puede obtener una copia de un documento que podrá

20. Declaración de hechos o exhibición de documentos sobre capacidad, representación y legitimación (art. 256.1.1º LEC); exhibición de cosa mueble (art. 256.1.2º LEC); exhibición de un acto de última voluntad (art. 256.1.3º LEC); exhibición de documentos y cuentas de sociedades o comunidades (art. 256.2.4º LEC); exhibición del contrato de seguro de responsabilidad civil (art. 256.1.5º LEC); exhibición de la historia clínica (art. 256.1.5º bis LEC); concreción de las personas integrantes de un grupo de consumidores o usuarios afectados (art. 256.1.6º LEC); y solicitud de información o exhibición cuando se pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial (art. 256.1.7º y 8º LEC).

21. *Vid*. el epígrafe siguiente.

proponer cuando corresponda como medio de prueba, sin que sea necesario luego un requerimiento de exhibición documental[22].

Por otra, si las diligencias preliminares tienen, única y exclusivamente, carácter preprocesal, *lite pendente* las partes —no solo el actor— pueden recurrir al mecanismo de exhibición de documentos de los art. 328 y ss. LEC para tener acceso a aquellos documentos que estén en disposición de la contraparte o un tercero a los cuales no podrían acceder sin auxilio judicial, siempre que sean relevantes a efectos del objeto del proceso, debiendo acompañar a la solicitud copia simple del documento cuya exhibición se solicita o, si no fuera posible, indicar en los términos más exactos posibles el contenido de aquél.

Otra de las limitaciones del mecanismo de exhibición documental es, valga la redundancia, que tan solo permite el acceso a fuentes de prueba documentales. Además, es un instituto que permite solamente el acceso a fuentes de prueba *lite pendente*, por lo que no sirve para preparar la demanda u obtener información que permita al eventual actor declinar la interposición de ésta.

Además, las consecuencias de la negativa injustificada a cumplir con las diligencias preliminares o una orden de exhibición documental no son idénticas: en el caso de la exhibición de documental, el tribunal podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que éste hubiese dado del contenido del documento (art. 329.1 LEC) o podrá emitir un requerimiento (art. 329.2 LEC) cuyo incumplimiento podría derivar en responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad judicial; mientras que en el caso de las diligencias preliminares, la regla general es la adopción de medidas de intervención forzosa, inclusive la entrada y registro (art. 261.2ª; 3ª y 5ª LEC), sin perjuicio de la responsabilidad penal por desobediencia en la que se pudiera incurrir, y tan solo en el caso de documentos contables se podrán tener por ciertos las cuentas y datos que presente el solicitante y para el caso en el que se hubiera pedido declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación y legitimación se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y por admitidos los hechos correspondientes a efectos del juicio posterior.

---

22. Ormazábal Sánchez, G. (con Segura Cros, B.), «Obtención del Documento y Deber de Exhibición entre Partes y Terceros», en *La Prueba Documental. Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba,* Barcelona, 2010, pág. 419; y Pereira Puigvert, S., *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Navarra, 2013, pág. 78.

3.2. Transposición de la Directiva 2004/48/CE y la Directiva 2014/104/EU

Como hemos comentado *supra*, tanto la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, como la Directiva 2014/104/EU, de 26 de noviembre de 2014, relativa a acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, obligaron a los Estados miembros a prever en sus respectivas legislaciones procesales instrumentos de acceso a información y fuentes de prueba para la tutela de estos sectores del ordenamiento[23].

La Ley 19/2006, de 5 de junio[24], de transposición de la Directiva 2004/48/CE, para cumplir con el deber de adoptar herramientas que facilitasen el acceso a información y fuentes de prueba en materia de propiedad intelectual e industrial, lo hizo a través de las diligencias preliminares y del deber de exhibición documental. Así, se modificó la LEC para introducir unos nuevos apartados 7º y 8º en el art. 256.1[25] y un 3º en el art. 328[26].

---

23. Sobre la harmonización que pretenden estas directivas en relación con el acceso a la información y a las fuentes de prueba *vid*. VALLINES GARCÍA, E., «Harmonising Acces to Information and Evidence: The Directives on Intellectual Property and Competition Damages», *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, *op. cit*., págs. 123 a 159.

24. Por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

25. Art. 256.1.7º y 8º LEC: «Mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, de diligencias de obtención de datos sobre el posible infractor, el origen y redes de distribución de las obras, mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial y, en particular, los siguientes: a) Los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, así como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesión de las mercancías. b) Los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios. c) Las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías. [/] 8.º Por petición de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de la exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable. La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba de la realidad de la infracción que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que materialice aquella infracción. El solicitante podrá pedir que el Secretario extienda testimonio de los documentos exhibidos si el requerido no estuviera dispuesto a desprenderse del documento para su incorporación a la diligencia practicada. Igual solicitud podrá formular en relación con lo establecido en el último párrafo del número anterior. [/]A los efectos de los números 7.º y 8.º de este apartado, se entiende por actos desarrollados a escala comercial aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos».

26. Art. 328.3 LEC: «En los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, la solicitud de exhibición podrá extenderse, en particular, a los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presuman en poder del demandado. La solicitud deberá acompañarse de un prin-

Debemos referirnos, también, a las diligencias de comprobación de hechos, a las que se remite el propio art. 256.1.9 LEC («por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales»), previstas en la Ley 24/2015, de 25 de julio, de Patentes (arts. 123 a 126), Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (Disposición adicional primera), Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (Disposición adicional primera) y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (art. 36). Estas diligencias de comprobación de hechos tienen, asimismo, origen comunitario —aunque no en una directiva—, ya que fueron introducidas en el ordenamiento jurídico español en la Ley de Patentes[27], a la que se remiten el resto de leyes especiales citadas, por el Protocolo núm. 8 del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica de 1985[28]. Las diligencias de comprobación de hechos no solo sirven, en puridad, para la preparación del proceso a través de la obtención de cierta información —que es la función genuina de las diligencias preliminares—, sino que permiten al eventual demandante acceder a fuentes de prueba para comprobar si efectivamente concurren hechos que puedan constituir una violación del derecho de patente, del derecho de marca, del derecho de propiedad industrial del diseño o de las normas de competencia desleal, por lo que podríamos decir que convergen, en cierto modo, con las medidas de acceso a fuentes de prueba.

La *best rule* en la materia, y que sí está configurada específicamente y de forma completa para dar solución al problema de la asimetría informativa y el acceso a las fuentes probatorias —por esta razón, en el siguiente epígrafe, nos centramos únicamente en esta institución—, son las medidas de acceso a fuentes de prueba introducidas en la LEC en sus arts. 283 bis) a) y ss. al transponer la Directiva 2014/104/EU, de 26 de noviembre de 2014, relativa a acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. Sin embargo, como ya hemos dicho, el al-

---

cipio de prueba que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se hubiere materializado la infracción. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial».

27. Ley 11/1986, de 20 de marzo.

28. *Vid*. su apartado segundo: «en los casos en que la inversión de la carga de la prueba no sea aplicable, el Reino de España seguirá imponiendo al titular de la patente la carga de la prueba de la usurpación de la patente. No obstante, en todos estos supuestos, el Reino de España introducirá en su legislación con efectos a partir del 7 de octubre de 1992, un procedimiento judicial conocido con el nombre de «diligencias previas de comprobación de hechos».[/] Se entenderá por «diligencias previas de comprobación de hechos», un procedimiento que se inscribe en el sistema contemplado en los párrafos precedentes por el que toda persona con derecho a actuar ante los tribunales en casos de usurpación de patente puede solicitar una decisión judicial para que se proceda, en las instalaciones del posible demandado, mediante agente judicial asistido por peritos, a la descripción detallada de los procedimientos objeto de litigio, en particular mediante toma de fotocopias de documentos técnicos, con o sin retención real de pruebas. La decisión judicial puede ordenar el depósito de una finanza destinada a indemnizar al posible demandado de los daños y perjuicios que puedan causarle las "diligencias"».

cance de estas es muy limitado: las acciones de daños derivados de infracciones a las normas de defensa de la competencia y, por remisión del art. 18 de la Ley de Secretos Empresariales[29] a los arts. 283 bis a) a h) y k), las acciones civiles de defensa de los secretos empresariales.

3.3. Algunos problemas acaecidos en la aplicación de las medidas de acceso a fuentes de prueba del art. 283 bis LEC

3.3.1. *Peticiones de documentos no existentes, que tengan que ser creados* ***ex novo***

El Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona planteó el 11 marzo de 2021 una cuestión prejudicial al TJUE (asunto c-163/21) preguntando si las medidas de acceso a fuentes de prueba proyectadas por la Directiva pueden amparar solicitudes de documentos que puedan no ser preexistentes, sino que puedan requerir de un trabajo de elaboración que vaya más allá de la simple búsqueda y selección de documentos ya existentes o de la simple puesta a disposición de la parte solicitante de todos los datos[30]. El órgano jurisdiccional español se plantea si puede sostener una interpretación del art. 5.1 de la Directiva, cuando dispone que «los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder», y, en consecuencia, del art. 283 bis LEC, que permita requerir la creación de documentos *ex novo* mediante la agregación o clasificación de datos, información o conocimientos de los que dispone la contraparte o un tercero[31].

De tal cuestión prejudicial, muy recientemente, se han presentado, el pasado 7 de abril, las Conclusiones del Abogado General[32]. Según éstas, adelantamos, la exhibición de pruebas pertinentes al amparo de la Directiva incluye, también, «a los documentos que la parte frente a la que se dirige la petición de información pueda tener que crear *ex novo*, mediante la agregación o clasificación de información, conocimiento o datos que estén en su posesión», recordando, a su vez, que «los órganos jurisdiccionales nacionales deben limitar la exhibición de pruebas a lo que

29. Ley 1/2019, de 20 de febrero.

30. La literalidad de la cuestión prejudicial era la siguiente: «Si el art. 5 apartado 1 de la [Directiva 2014/104] debe ser interpretado en el sentido de que la exhibición de pruebas pertinentes hace referencia únicamente a documentos en poder de la parte demandada o de un tercero que ya existan o, si por el contrario, el art. 5 apartado 1 incluye también la posibilidad de exhibición de documentos que la parte frente a la que se dirige la petición de información deba crear *ex novo*, mediante la agregación o clasificación de información, conocimiento o datos que estén en su posesión».

31. El Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, mediante auto de 21 de febrero de 2020.

32. Conclusiones del Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 7 de abril de 2022, asunto C-163/21, AD y otros contra PACCAR Inc, DAF TRUCKS NV, DAF Trucks Deutschland GmbH.

sea pertinente, proporcionado y necesario, tomando en consideración los intereses legítimos y los derechos fundamentales de dicha parte»[33].

Los razonamientos del Abogado General parten de que no solo se puede ordenar la exhibición de piezas específicas de prueba, sino, también, de *categorías de pruebas* (art. 5.2 de la Directiva 2014/104). El considerando 16 de la Directiva reza que una solicitud de acceso a una categoría de pruebas debe identificar de forma precisa y concreta, sobre la base de los hechos razonablemente disponibles, los rasgos comunes de sus elementos constitutivos, como su naturaleza, objeto o contenido, el momento en que hayan sido creados o redactados u otros criterios. Así, tras referirse a este considerando, concluye que, por lo tanto, la orden de exhibición que identifique de tal forma tal categoría de prueba conllevará que el sujeto frente a la que se dirija deba, *a priori*, «realizar una búsqueda centrada en la información solicitada». Y del art. 5.3.b de la Directiva 2014/104, que impone que, para valorar la proporcionalidad de las solicitudes de exhibición de prueba, los órganos jurisdiccionales aprecien «el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas, especialmente para cualquier tercero afectado, también para evitar las búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento»; extrae que el legislador contempló que «en ocasiones puede ser necesario llevar a cabo tareas que van más allá de la mera comunicación de los objetos que contengan información». De ahí que quepa plantearse si dichas *tareas* «pueden consistir en agregar o clasificar información, conocimiento o datos»[34]. A lo que responde que impedir solicitudes de información en las que el requerido tenga que crear documentación *ex novo* implicaría la «erección de obstáculos insuperables para la aplicación privada de las normas de la Unión sobre competencia»[35].

Entre los argumentos que ofrece el Abogado General para llegar a tal conclusión, uno se refiere a un problema que tiene visos de surgir en el marco del acceso a fuentes de prueba; esto es, que al que se le solicita la información o el acceso a fuentes de prueba pretenda ofrecer cantidades ingentes de información o fuentes de prueba, lo que, según el Abogado General, y concordamos con él, puede conducir a una «obstrucción procedimental» que tampoco dé solución a la falta de información o de prueba que padecen los solicitantes de tales medidas, además de abocarnos a una situación contraria a las exigencias de pertinencia, proporcionalidad y necesidad. De este modo, al igual que planteaban los demandantes en el procedimiento del que trae origen la cuestión prejudicial, el Abogado General considera que una entrega de gran cantidad de documentos «que solo correspondan

33. Apartado 106.

34. Apartados 81 a 84.

35. Apartado 90.

de manera imperfecta a la solicitud y agregados siguiendo un criterio solo conocido por su autor podría privar *de facto* al artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2014/104 de su efecto práctico». En tal situación, puede ser necesario designar a un perito para que lleve a cabo la labor que podría haber realizado el propio autor de los documentos («dedicando un menor esfuerzo y a un coste más reducido»)[36].

Ahora bien, que la exhibición de pruebas pertinentes incluya que la parte frente a la que se dirige la petición de información pueda tener que crear *ex novo* documentos mediante la agregación o clasificación de la información requerida necesita, también, unos límites claros para salvaguardar el derecho de defensa del sujeto pasivo del requerimiento. Algunas resoluciones resolvieron la cuestión —y consideramos que con acierto— antes incluso de que se plantease la cuestión prejudicial a la que nos estamos refiriendo. En el marco de la litigación del *cártel de los camiones*, varios Juzgados de lo Mercantil declararon que una cosa es que el demandado pueda tener que crear *ex novo* documentos agregando o clasificando la información requerida y otra muy distinta, e inadmisible, compelerle a que realice un informe detallando con precisión los sobrecostes de fabricación de los vehículos aplicados por él mismo. Las medidas del art. 283 bis a) y ss. son de acceso a una fuente de prueba y no de práctica de un medio de prueba —que es lo que vendría a ser si se impusiera la elaboración de un dictamen pericial a cargo y costa del sujeto pasivo de la medida—. El acceso a fuentes de prueba no exime al solicitante de tal medida de proponer la práctica del medio de prueba que corresponda. El informe que se solicita en estos supuestos excede lo que permite una medida de acceso a fuente de prueba porque, *grosso modo*, la fuente de prueba sería la información o datos necesarios para la elaboración del informe[37]. Con las medidas de acceso a fuentes de prueba, si no queremos desvirtuar nuestro proceso civil y, a la postre, resquebrajar el derecho de defensa, se busca que las partes, en situaciones en las que se parta de un problema de asimetría informativa entre las mismas[38], cooperen poniendo a disposición de la contraparte información o datos para que puedan fundar sus pretensiones, y no que el demandado determine la pretensión de condena que se va a solicitar contra él y *practique* la prueba que le *condenará*[39].

---

36. Apartado 92.

37. Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia núm. 148/2018, de 7 de diciembre, y del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid los autos núm. 63/2018, de 21 de mayo, y 99/2018, de 9 de julio.

38. Y sin obviar las notas de proporcionalidad y subsidiariedad que deben guiar la adopción de estas medidas.

39. Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia núm 148/2018, de 7 de diciembre, que declara que la medida solicitada «no podría concederse, tal y como ha sido solicitada por la parte actora, sin lesión del derecho de defensa que también asiste a la solicitada en este proceso. ¿Qué es lo que pide el solicitante? Que la solicitada confiese y cuantifique la presencia de daños en forma de sobreprecio repercutido a la primera... La actora y solicitante pretende que la solicitada, que posteriormente devendrá demandada, acredite la existencia de sobreprecio y lo cuantifique. La actora pretende obtener de la solicitada una suerte de acto de allanamiento previo a la interposición de una acción *follow on*, aún más, pretende que la solicitada integre de manera unilateral y espontánea el pedimento de condena de la futura demanda que, según expresa, va a interponer a la conclusión de este proceso de acceso a fuentes de prueba [FD 1º, apartado 18)]… Es cierto que la LEC regula

3.3.2. *Salas de datos*

Sin que la Directiva ni su transposición en España se refieran en ningún momento al recurso a salas de datos como mecanismo para exhibir la información o fuentes de prueba solicitadas, no son pocos los juzgados que han apostado por éstas. De hecho, en los fundamentos de derecho del auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona a través del cual se planteó la cuestión prejudicial a la que nos acabamos de referir, se sostiene, sin que las conclusiones del Abogado General se pronuncien sobre ello, que tanto la directiva como la correspondiente trasposición española permiten la posibilidad de crear salas de datos (también de carácter virtual) a las que pueda acceder el solicitante, y, si hiciera falta, asistido por otros profesionales para realizar esa labor de depuración, agregación o clasificación de la información. Nosotros creemos, también, que la ausencia de una regulación legal explícita al respecto no veta tal posibilidad. Como apunta Marcos Fernández[40], además, la Comisión Europea menciona tal posibilidad, como *soft law*, en sus comunicaciones: *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto* (2019/C 267/07)[41]y en la *Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE* (2020/C 242/01); pero siempre como una medida dirigida a proteger la información confidencial.

Comentar también el protocolo del Tribunal Mercantil de Barcelona (sección de Derecho de la Competencia) sobre Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles, pero que al final lo plantea también, al tratar las salas de datos, desde el prisma de las medidas de protección de la confidencialidad. Entre el elenco de medidas de protección del secreto empresarial que configura, se hallan los círculos de confidencialidad —léase *salas de datos*— (apartado 5.5). La conveniencia de tales salas de datos se justifica en «casos de información voluminosa o de difícil disgregación en versiones confidenciales». Así, el Tribunal de lo Mercantil establece que la resolución judicial que adopte una medida de este tipo debe 1)

---

mecanismos coercitivos para que el demandado coopere en la búsqueda de la verdad procesal (negativa a exhibición documental, negativa a práctica de diligencias preliminares, sanción a la contestación a la demanda inconcluyente, respuestas evasivas en un interrogatorio, etc.), pero es dudoso que no pueda entenderse como oposición fundada del requerido, solicitado, demandado o interrogado, la de negarse a cooperar con una actividad probatoria o procesal de otra índole tan esencial cuyo resultado determinará, invariablemente, el éxito de las pretensiones de condena que se dirigen contra él, si es que el requerido, solicitado, demandado o interrogado se decidiera a cooperar con ellas [FD 1º, apartado 20]».

40. Marcos Fernández, F., «"Salas de datos" para acceso y comprobación de información y fuentes de prueba en los litigios de daños de camiones (I): ¿Un nuevo instrumento en los procesos de reclamación de daños causados por los cárteles?», *Almacén de Derecho*, 16 de febrero de 2020, https://almacendederecho.org/salas-de-datos-para-acceso-y-comprobacion-de-informacion-y-fuentes-de-prueba-en-los-litigios-de-danos-de-camiones-i-un-nuevo-instrumento-en-los-procesos-de-reclamacion.

41. Párrafo 43.

identificar las personas que pueden acceder —incluyendo, además, de a las partes y/o sus representantes, si procede, a asesores u expertos—; 2) determinar de la forma más concreta posible la información o los documentos o categorías de documentos que deben y pueden exhibirse; 3) establecer compromisos de confidencialidad, que incluirían, a no ser que mediara autorización judicial, la no revelación de la información obtenida, la no utilización de ésta más allá del procedimiento judicial en el que se haya adoptado tal medida, y el veto a hacer copias de la información a la que se accede; 4) y determinar la forma de constitución de tales salas de datos, es decir, mediante un acceso físico[42] o digital[43].

La principal fuente de inspiración de dichas salas de datos son las que pone a disposición la Comisión europea para acceder al expediente administrativo en las investigaciones y procedimientos relativos a infracciones de los arts. 101 y 102 TFUE, es decir, en materia de defensa de la competencia y de abusos de posición dominante[44].

---

42. El protocolo al que nos referimos plantea que el acceso físico a la información o documentos por alguna de las personas que integran el circulo de confidencialidad se lleve a cabo ante el Letrado de la Administración de Justicia. *Vid*., también, el apartado 5.2: «Una de las medidas que pueden adoptarse en caso de que se presente la información confidencial en forma de documento físico al Juzgado es su segregación del expediente principal, con carpeta propia y su custodia en el despacho del Letrado de la Administración de Justicia, bajo llave. [/] En tales casos para poder obtener, por parte de las personas autorizadas para ello, el acceso físico a la información o documentos, será necesario efectuar una petición mediante escrito presentado en el marco del procedimiento. Será el LAJ quien fije día y hora y duración para el examen de la documentación. En función de la información se determinará qué personas pueden acceder, bajo qué premisas, si firma los compromisos de 5.5. c) [*que son los de confidencialidad*], o si otras personas de la otra parte pueden estar presentes».

43. Lo plantea para supuestos en los que la documentación o información sea muy voluminosa, incluso recurriendo a la tecnología *blockchain*. Además, declara que la creación de la *data room* recaerá sobre una de las partes. La creación de sala de datos digital se realizará por una de las partes, sin perjuicio de que los gastos generados puedan ser incluidos en la condena en costas, debido a la inexistencia de medios materiales en la Administración de Justicia.

44. Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE (2011/C 308/06), párrafo 97: «*la Dirección General de Competencia puede organizar el denominado procedimiento del «centro de datos», utilizado habitualmente para la revelación de datos cuantitativos pertinentes para el análisis econométrico. En el marco de este procedimiento, una parte del expediente, incluida información confidencial, se deposita en una sala de los locales de la Comisión («el centro de datos»). Solo se permite acceder a ese centro a un restringido grupo de personas, a saber, a los asesores financieros y/o a los asesores jurídicos externos de la parte de que se trate (denominados en conjunto «los asesores»), bajo la supervisión de un agente de la Comisión. Los asesores pueden utilizar la información que se encuentra en el centro de datos para la defensa de su cliente, pero no pueden revelarle ningún dato confidencial. En el centro de datos hay varios ordenadores personales equipados con los programas necesarios (y si, procede, se pueden consultar también las series de datos necesarias y una relación de las regresiones utilizadas para sustentar los argumentos de la Comisión). Los ordenadores no están conectados a la red y no se permite la comunicación con el exterior. Los asesores pueden permanecer en el centro de datos durante el horario de trabajo habitual y, en casos justificados, pueden recibir permiso para acceder a él durante varios días. Los asesores tienen rigurosamente prohibido tomar notas o hacer copias o resúmenes de los documentos, y solo pueden sacar del centro de datos un informe final que será verificado por el equipo responsable del asunto para cerciorarse de que no contenga información confidencial. Cada asesor firmará un acuerdo de confidencialidad y deberá conocer las condiciones de acceso especial al centro de datos antes de entrar en él. En la medida en que la utilización de tal procedimiento del centro de datos restrinja el derecho*

Al no tener una regulación explícita, no tenemos unas reglas que determinen el funcionamiento de una sala de datos, pero, en definitiva, vistas las resoluciones judiciales que aprueban la adopción de salas de datos como medio de exhibición de fuentes de prueba[45], el protocolo de Protección del Secreto Empresarial del Tribunal Mercantil de Barcelona, las salas de datos en el marco de procedimientos ante la Comisión Europea por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE, etc., creemos que se trata de que el auto judicial, como dice Pastor Martínez, «[delimite] *la extensión de la exhibición documental, hasta dónde llegarán las facultades de dominio y disposición del titular de la información, el lugar donde se desarrollará la medida, los medios técnicos que la harán posible, la asistencia técnica de que podrán servirse las partes durante su desarrollo y, como medida especialmente problemática, de que capacidad de reproducción de la información dispondrá el solicitante de la medida*»[46]. Además, para aprobar la creación de una sala de datos consideramos, lógicamente, que deberán seguirse criterios propios del principio de proporcionalidad. Solo se crearán con carácter excepcional, si no hay otra forma posible ni menos costosa de dar acceso[47].

3.3.3. *Carga de la prueba*

La introducción de las medidas de acceso a fuentes de prueba (nueva Sección 1.ª bis del Capítulo V del Título I del Libro II de la LEC) afectará a la regla de la carga de la prueba, ya que no será una regla *tan necesaria* y, en particular, menos aún las consiguientes reglas de disponibilidad y facilidad probatoria. De hecho, ya hemos visto alguna resolución en el ámbito de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia en las que se empieza, consideramos, a vislumbrar esta cuestión.

Si se llevara a cabo una generalización de las medidas de acceso a fuentes de prueba, una de las consecuencias sería una alteración del funcionamiento de la regla de la carga de la prueba material. El apartado 7 del art. 217 recoge la regla de la «dis-

---

de alguna parte a tener pleno acceso al expediente de investigación, serán de aplicación las garantías procesales previstas en el artículo 8 del mandato del consejero auditor».
Vid. la nota al pie número 54 de la *Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE* (2020/C 242/01). *Vid*., también, Marcos Fernández, F., https://almacendederecho.org/salas-de-datos-para-acceso-y-comprobacion-de-informacion-y-fuentes-de-prueba-en-los-litigios-de-danos-de-camiones-i-un-nuevo-instrumento-en-los-procesos-de-reclamacion

45. Muy ilustrativo es el auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia núm. 48/2019, de 14 de junio, que configura el acceso a las fuentes de prueba a través de una sala de datos (FD 9º).

46. Pastor Martínez, E., «Cuestiones sobre el acceso a las fuentes de prueba: la perspectiva judicial», *Daños, Comercio Electrónico y Derecho Europeo de la Competencia* (Dir. Ruiz Peris, J. I.), Tirant lo Blanch 2019, págs. 216 a 217.

47. De ahí que, en principio, las salas de datos físicas —y decimos físicas porque, si se puede, consideramos que debería apostarse por las virtuales— con estrictas limitaciones solo procederán cuando pueda haber problemas de confidencialidad que no puedan abordarse de forma menos costosa y restrictiva.

ponibilidad y facilidad probatoria» que supone que, en ocasiones, con independencia de la naturaleza del hecho afirmado, la carga de la prueba puede recaer sobre la parte que tiene mayor facilidad para probarlo o la que está más próxima o dispone de la fuente de prueba. No obstante, si se generalizan unas medidas de acceso a fuentes de prueba, el tribunal, a la hora de valorar la facilidad y disponibilidad probatoria de cada parte, con respecto a un hecho sobre el cual no se ha alcanzado certeza, deberá tener en cuenta si la parte que no disponía de tal fuente de prueba ha hecho uso de dichas medidas de acceso a fuentes de prueba.

En relación con ello, como hemos adelantado, queríamos comentar lo que hemos observado en algunas resoluciones relativas al cártel de camiones. Así, los demandados, de oponerse al acceso a información y fuentes de prueba, han pasado, en algunos casos, a apostar, como estrategia de defensa, por facilitar el acceso a grandes cantidades de información para provocar que el actor tenga que realizar un mayor esfuerzo probatorio. Y eso, ¿por qué?

En los casos de acciones de daños derivados de infracciones de la competencia se ha recurrido recurrentemente a la estimación judicial del daño[48], que es, realmente, una facultad de carácter extraordinario que ha sido utilizada por los tribunales para mitigar las dificultades probatorias que no hayan desaparecido con las medidas de acceso a las fuentes de prueba. Es decir, una vez probada la existencia de un daño resarcible, la estimación judicial del daño solo procede si el lesionado no dispone de «buena información para que…realice un intento de cuantificación lo suficientemente plausible y sólido»[49].

De este modo, el ofrecimiento de los fabricantes demandados se convierte, parafraseando a MARCOS FERNÁNDEZ, en una «oferta obligatoria» que el demandante no puede declinar, porque, tras la oferta, la asimetría informativa en perjuicio de éste desaparecería, por lo que si declinara correría el riesgo de ver desestimada su demanda por falta de esfuerzo en la cuantificación del daño[50].

---

48. Artículo 76.2 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: «Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños».

49. PASTOR MARTÍNEZ, E., «La estimación judicial del daño en las acciones follow on», *Almacén de Derecho*, 22 de octubre de 2019, https://almacendederecho.org/la-estimacion-judicial-del-dano-en-las-acciones-follow-on. Ahondando en la cuestión, apunta que «los jueces deben entender que solo pueden hacer uso de esas facultades de modo extraordinario y en contextos de desequilibrio informativo. Y que ese uso debe ser moderado y prudente: no tiene ningún sentido conceder indemnizaciones amplísimas en cualquier caso, fomentando una litigación de baja calidad que obtenga el mismo premio que la que merezca un litigante bien preparado».

50. MARCOS FERNÁNDEZ, F., «"Salas de datos" para acceso y comprobación de información y fuentes de prueba en los litigios de daños de camiones (II): Prescripción judicial de «sala de datos» ante la generosa oferta de información del demandado», *Almacén de Derecho*, 16 de febrero de 2020, https://almacendederecho.org/

> La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia de 10 de diciembre de 2019 (PO 317/18) desestimó una demanda en ejercicio de una acción de reclamación de cantidad por daños derivados de la infracción de normas de la competencia porque, aun constatado la concurrencia de un daño y que, inicialmente, el actor se encontraba en una situación de dificultad probatoria debido al desequilibrio informativo entre las partes, al declinar el ofrecimiento de la demandada de acceder a las fuentes de prueba a través de una sala de datos no puede pretender que el tribunal recurra a la estimación judicial para conceder una indemnización. Asimismo, el mismo Juzgado, en sentencia de 12 de febrero de 2020 (PO 305/18), tras otra oferta de la parte demandada de poner a disposición del actor, a través de una sala de datos, información y fuentes de prueba, éste aceptó a *regañadientes*[51], pero el juzgador consideró que el actor no había aprovechado el material probatorio puesto a su disposición para realizar un esfuerzo razonable en intentar cuantificar el daño, por lo que, como consecuencia, procedió a desestimar la demanda[52].

No obstante, creemos que nos debemos plantear una pregunta. Si en muchas ocasiones la situación de asimetría informativa entre las partes será, *a priori*, casi imposible de superar, ¿el ofrecimiento de una «sala de datos» por el demandado impedirá *per se* que el juzgador pueda recurrir a esa potestad de estimación del daño?[53] O, dicho de otra forma, ¿si hubiese tal generalización de las medidas de acceso a fuentes de prueba, por la cual nosotros propugnamos, el ofrecimiento del demandado de, por ejemplo, una sala de datos sería suficiente para que las reglas de la carga de la prueba ya no se volvieran en su contra?

> Y lo planteamos a través de preguntas porque la jurisprudencia es escasa y no concluyente. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) núm.

---

salas-de-datos-para-acceso-y-comprobacion-de-informacion-y-fuentes-de-prueba-en-los-litigios-de-danos-de-camiones-ii-prescripcion-judicial-de-sala-de-datos-ante

51. La SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 222/2021, de 22 de febrero, sintetiza lo acaecido en la audiencia previa: «La audiencia previa se suspendió momentáneamente. Al reanudarse, el juez a quo requirió a la parte demandante a fin de que se pronunciase acerca de si aceptaba el ofrecimiento para que, así, pudiera volver a presentar un informe pericial con la finalidad, bien de constatar con datos el perjuicio ocasionado, bien poder criticar el contenido del informe pericial de la parte demandada. El letrado de la parte demandante, ante la situación, y de una forma dubitativa, manifestó que lo dejaba al criterio de su «Señoría». Frente a tal situación de dudas, el juez a quo le manifestó que la decisión debía de ser de la dirección letrada. A continuación, añadió que «su dictamen pericial no me va a convencer» haciendo referencia a que ya se había resuelto procedimientos con objeto idéntico o muy similar y que, por tanto, ya era algo sobre lo que se había pronunciado. A continuación, explicó que el ofrecimiento tenía por objeto eliminar la situación de asimetría informativa existente entre las partes de este procedimiento y añadió: «si yo no constato esa situación a asimetría informativa porque hay un ofrecimiento de información que ustedes (dirigiéndose a la parte actora) desprecian, entonces, yo desestimaré la demanda. Eso es lo que va a pasar». Tras esta explicación del juez a quo, el letrado de la parte demandante, al ser requerido de nuevo, manifestó que: "entiendo que sí"».

52. *Vid*. el análisis de ambas sentencias realizado por Marcos Fernández, F., en «"Salas de datos" para acceso y comprobación de información y fuentes de prueba en los litigios de daños de camiones (II): Prescripción judicial de «sala de datos» ante la generosa oferta de información del demandado», *op*. *cit*.

53. *Vid*., en el mismo sentido, la crítica a estas resoluciones de Marcos Fernández, F., «"Salas de datos" para acceso y comprobación de información y fuentes de prueba en los litigios de daños de camiones (II): Prescripción judicial…, *op*. *cit*.

1284/2020, de 17 noviembre, revocó la sentencia a la que nos acabamos de referir, la del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia de 10 de diciembre de 2019 (PO 317/18), ya que no concuerda con el tribunal *a quo* que el actor «no pued[a] rechazar sin más el acceso a los materiales probatorios aparentemente relevantes ofrecidos por las demandadas y pretender, después, que el juez haga uso de sus facultades judiciales de estimación para conceder un daño mínimo»; declarando que «al perjudicado por una infracción de las normas de la competencia que quiera iniciar acciones resarcitorias, no viene obligado a la utilización del instrumento de acceso a fuentes de prueba, sin que de ello se derive, necesariamente, la consecuencia de una desestimación de la demanda»[54]. En el mismo sentido, la SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 222/2021, de 22 febrero, revocó también la citada sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia nº 3, de 12 de febrero de 2020 (PO 305/18), concluyendo que, aunque el actor haya aceptado el ofrecimiento en el acto de la audiencia previa por la parte demandada, pero el juez considere que no se ha *aprovechado* el material probatorio puesto a su disposición, no puede desestimarse la demanda.

3.3.4. *Prueba ilícita*[55]

La prueba ilícita, es decir, la prueba —léase, *rectius*, fuente de prueba— obtenida, directa o indirectamente, violentando algún derecho fundamental no surtirá efecto alguno (art. 11.1 LOPJ). No obstante, si bien el art. 11.1 LOPJ es tajante en relación con la ineficacia de las pruebas obtenidas de forma ilícita; en la jurisprudencia, la solución no es tan taxativa como exigiría una interpretación literal de la *lege lata*, ya que, aunque en casos muy excepcionales, el tribunal puede, tras un juicio ponderativo de los intereses y derechos en juego, no excluir una prueba obtenida ilícitamente. Así, en España, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional núm. 97/2019, de 16 de julio, en el caso de la «Lista Falciani»[56], declara que la regla general de exclusión probatoria del 11.1 LOPJ no impide que el tribunal realice un juicio de ponderación atendiendo a criterios de proporcionalidad para determinar

54. Esta sentencia, además, es muy crítica: «[l]a situación de desequilibrio entre las partes no sólo no desaparece, sino que se acentúa, obligando a la parte —en este caso, un perjudicado por la adquisición de un solo camión— a incrementar los gastos inherentes al ejercicio de su acción (la negativa a aceptar el ofrecimiento se traduce en desestimación). Implica, por otra parte, una demora en el curso de las actuaciones (429.2 de la LEC) y, además, se le trasladan las consecuencias de rechazo de un instrumento que, ni está previsto en la Ley, ni tiene la obligación de aceptar en la estrategia de defensa de sus intereses…Se ofrece, en definitiva, una manzana envenenada, en un contexto en el que, insistimos, las direcciones letradas de las partes se enfrentan sistemáticamente en procesos análogos (procesos masa) con las mismas dinámicas y estrategias, de manera que cada perjudicado que inste un procedimiento contra dicha entidad sancionada por la Comisión, de aceptar la tesis del juzgado, se vea compelido a aceptar el ofrecimiento o, en caso contrario, a soportar el riesgo de la desestimación de su acción, sea cual sea el importe que reclame o el coste que represente para el mismo la emisión de un nuevo informe o la ampliación del que ya recabó».

55. Aunque no se trate de una cuestión que ya haya tratado la jurisprudencia, sino que, consideramos, puede llegarse a dar, a efectos expositivos nos parecía adecuado introducir este subepígrafe en el epígrafe «Algunos problemas acaecidos en la aplicación de las medidas de acceso a fuentes de prueba del art. 283 bis LEC».

56. Y aunque respecto de un asunto penal, creemos que perfectamente aplicable en el ámbito civil —incluso más—.

si entre la vulneración del derecho fundamental originaria y la integridad del derecho a un proceso con todas las garantías «existe un nexo o ligamen que evidencie una necesidad específica de tutela, sustanciada en la exclusión radical del acervo probatorio de los materiales ilícitamente obtenidos». De hecho, las *european rules*, tras fijar la regla general de que las pruebas obtenidas ilícitamente son inadmisibles y deben ser excluidas, prevé que, con carácter excepcional, siguiendo la tendencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[57], la prueba obtenida ilícitamente no sea excluida tras un juicio de proporcionalidad en el que se ponderen todos los derechos e intereses relevantes, en particular, el derecho a la prueba y la protección de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta, también, la buena fe de las partes[58]. Así, por ejemplo, en la STEDH de 13 de mayo de 2008, N.N. y T.A. c. Bélgica[59], se valora que la prueba obtenida ilícitamente era la única forma de probar el relato fáctico de la pretensión.

¿Y por qué traemos a colación aquí la cuestión de la eficacia de las fuentes de prueba obtenidas ilícitamente? Porque la generalización de unas medidas de acceso a fuentes de prueba puede influir en ese juicio de ponderación a la hora de aplicar la regla de exclusión probatoria, ya que podrían darse supuestos en los cuales el sujeto pasivo de la medida haya alegado que no dispone de tal fuente de prueba o niegue su existencia cuando ello no sea cierto, o supuestos en los que el tribunal no estime, indebidamente, el acceso a la fuente de prueba. En definitiva, consideramos que las circunstancias inherentes a supuestos como éstos pueden influir a la hora de determinar la eficacia o ineficacia de fuentes de prueba ilícitamente obtenidas.

4. Posibilidades de reforma

Si el Real Decreto-ley 9/2017 introdujo, al transponer, entre otras, la Directiva UE 2014/104, en el Cap. V del Tít. I del Libro II de la LEC una nueva Sección 1ª bis, titulada *Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia,* con los nuevos arts. 283 bis a) a 283

57. Como así se reconoce en los propios comentarios que acompañan a las reglas.
Vid. SSTEDH de 10 de octubre de 2006, L.L. c. Francia, asunto 7508/02; de 13 de mayo de 2008, N.N. y T.A. c. Bélgica, asunto 65097/01; y de 26 de enero de 2017, Surikov c. Ucrania, asunto 42788/06.

58. *Rule* 90. *Illegally Obtained Evidence*:
(1) Except where Rule 90(2) applies, illegally obtained evidence must be excluded from the proceedings. (2) Exceptionally, the court may admit illegally obtained evidence if it is the only way to establish the facts. In exercising its discretion to admit such evidence the court must take into account the behaviour of the other party or of non-parties and the gravity of the infringement.

59. Asunto 65097/01.

bis k)[60]; la Propuesta de Ley que planteó la Sección Especial de la Comisión General de Codificación introducía una Sección 1ª bis en el Capítulo V del Título I del Libro II de la LEC titulada *Del acceso a las fuentes de prueba*, yendo mucho más allá de lo exigido por la Directiva 2014/104/UE —mecanismos de acceso a fuentes de prueba en el ámbito del ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones de la competencia—, ya que la Subsección 1ª introducía las nuevas medidas de acceso a fuentes de prueba con carácter general y, a continuación, dedicaba una subsección 2ª a la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y una 3ª al ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia —esta última fue la que efectivamente cristalizó en nuestra LEC—[61]. Además, la Propuesta de Ley, al prever con carácter general las medidas de acceso a fuentes de prueba, derogaba, a su vez, los artículos 256 a 263 y 328 a 333 LEC relativos, respectivamente, a las diligencias preliminares y a las solicitudes de exhibición de documentos.

Así, el art. 283 bis LEC coexiste con la regulación general de la prueba en el proceso civil, con las diligencias preliminares y con los requerimientos documentales. Tal dispersión de instituciones procesales, cuando podría no ser tal, aunque doctrinalmente tengamos clarísimas sus diferencias, creemos que no es buena. Si otra solución más sencilla es posible, y esta no es técnicamente peor, debemos apostar por ella. En definitiva, lamentamos que el legislador español solo cumpliera con el deber de transposición de la Directiva de daños y despreciase la oportunidad de afrontar en la legislación procesal el problema del acceso a información y fuentes de prueba en poder de la contraparte o un tercero, no estableciendo una herramienta que unificara bajo unas medidas de acceso a información y fuentes de prueba los requerimientos de documentos y las diligencias preliminares[62]. Lo que serviría, además, para in-

---

60. Al aprobarse el Decreto-Ley se acordó, también, la tramitación de éste como proyecto de ley; y, aunque finalmente caducó, es interesante señalar que durante su tramitación parlamentaria se presentó una enmienda (Enmienda número 26 presenta por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, *vid*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, 8 de noviembre de 2017, núm. 7-2) que insistía en la generalización de las medidas de acceso a fuentes de prueba para todos los procesos, sin distinciones *ratione materiae*.

61. Para un comentario más extenso al respecto, véase a Domínguez Ruiz, L., en «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», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 41, 2017, págs. 32 a 36.

62. Tal y como se preveía inicialmente en nuestra Propuesta de Ley para la transposición de la Directiva. *Vid*. su Exposición de Motivos: «…al incorporar las normas de la Directiva referidas a facilitar el acceso a las fuentes de prueba que estén en poder de la otra parte o de un tercero se ha puesto de manifiesto cómo la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene una regulación plenamente coherente en esta materia y compatible con las exigencias del Derecho europeo. Al contrario, conviven en ella, de un lado, las normas sobre diligencias preliminares, con un contenido en buena parte fruto de acarreos históricos y, de otro lado, las normas sobre exhibición de documentos, todas ellas con una eficacia a menudo frustrante en la práctica... Forzar ahora la inclusión, dentro de estas categorías preexistentes, de los mandatos que en esta materia impone la Directiva 2014/104/UE habría sido abundar en un tratamiento parcial del problema, que asimismo generaría distorsiones y agravios comparativos respecto de los demás ámbitos de la litigación civil y mercantil, en que los justiciables se encuentran escasos de herramientas eficaces para acceder a fuentes de prueba en poder de la parte contraria o de terceros, en detrimento de su derecho a la tutela judicial efectiva. [/] Por eso, se ha optado por incorporar en la Ley de Enjuiciamiento Civil una regulación novedosa en materia de acceso a las fuentes de

tentar superar las limitaciones propias de tales instituciones. Muy *grosso modo*: superar las limitaciones temporales de las diligencias preliminares y del deber de exhibición documental; la falta de audiencia al sujeto pasivo de la medida; pasar de unas normas con *numerus clausus* a *numerus apertus*, etc.

Por lo tanto, sí que apostamos por una generalización de las medidas de acceso a fuentes de prueba del art. 283 bis para todos los procesos sin distinciones por razón de la materia y con la consiguiente supresión del instituto de diligencias preliminares y del requerimiento documental. Tampoco creemos que debería especificarse o regularse mucho más el régimen de acceso a fuentes de prueba planteado por el art. 283 bis, ya que creemos que un exceso de «regulación» podría ser contraproducente. Además, problemas propios del acceso a fuentes de prueba en supuestos de litigación compleja como las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia creemos que no se reproducirían en la generalidad de litigios en los que se pudiera recurrir a medidas de acceso a fuentes de prueba. Lo que ayudaría a que un sistema así funcionara, no obviando, lógicamente, la dialéctica propia del proceso civil, es que operara el principio de cooperación entre las partes (previsto, por cierto, en las *european rules*) y una suerte de principio de lealtad procesal. Algunos pequeños cambios que se nos ocurren del régimen del art. 283 bis para el caso de que se extendiese su ámbito de aplicación serían, por ejemplo, prever la posibilidad de adoptar las medidas de acceso *inaudita parte*; que no solo se prevea expresamente la posibilidad de solicitar conjuntamente medidas de aseguramiento de prueba, sino, también, de anticipación; e introducir la posibilidad de suspensión del proceso principal mientras se tramita el incidente de medidas de acceso a fuentes de prueba.

5. Bibliografía

Domínguez Ruiz, L., «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», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 41, 2017.

Gascón Inchausti, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

---

prueba, aplicable de forma general, en la que se determinan, entre otros extremos, los requisitos para solicitar del tribunal una medida de acceso a fuentes de prueba, un elenco ejemplificativo de posibles medidas, así como la ejecución de éstas y las consecuencias de la obstrucción a su práctica, siempre moduladas por el principio de proporcionalidad. Cobra con todo ello carta de naturaleza legal la noción de fuente de prueba, a través de la cual se alude a todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno. A través de la nueva regulación se permite que los justiciables tengan conocimiento de los elementos que les servirán para tratar de formar la convicción judicial conforme a las reglas ordinarias en materia de proposición y práctica de la prueba; ahora bien, y precisamente por ello, el acceso a fuentes de prueba logrado conforme a la nueva herramienta procesal no exime al litigante de la carga de proponer en tiempo y forma la práctica del medio probatorio pertinente».

— «Litispendencia internacional y actuaciones previas al proceso [consideraciones a propósito de la STJUE de 4 de mayo de 2017 (Hanseyachts) y de la STJUE de 20 de diciembre de 2012 (Schlömp)]», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 10, nº 1, 2018, págs. 581 a 591.
— «Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, nº 1, 2021, págs. 277 a 297.

MARCOS FERNÁNDEZ, F., «"Salas de datos" para acceso y comprobación de información y fuentes de prueba en los litigios de daños de camiones (I): ¿Un nuevo instrumento en los procesos de reclamación de daños causados por los cárteles?», *Almacén de Derecho*, 16 de febrero de 2020, https://almacendederecho.org/salas-de-datos-para-acceso-y-comprobacion-de-informacion-y-fuentes-de-prueba-en-los-litigios-de-danos-de-camiones-i-un-nuevo-instrumento-en-los-procesos-de-reclamacion.

— «"Salas de datos" para acceso y comprobación de información y fuentes de prueba en los litigios de daños de camiones (II): Prescripción judicial de "sala de datos" ante la generosa oferta de información del demandado», *Almacén de Derecho*, 16 de febrero de 2020, https://almacendederecho.org/salas-de-datos-para-acceso-y-comprobacion-de-informacion-y-fuentes-de-prueba-en-los-litigios-de-danos-de-camiones-ii-prescripcion-judicial-de-sala-de-datos-ante

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (con SEGURA CROS, B.), «Obtención del Documento y Deber de Exhibición entre Partes y Terceros», en *La Prueba Documental. Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba* (Dirs. PICÓ I JUNOY, J.; ABEL LLUCH, X.), J.M. Bosch, Barcelona, 2010, págs. 415 a 474.

ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Navarra, 2020.

PASTOR MARTÍNEZ, E., «Cuestiones sobre el acceso a las fuentes de prueba: la perspectiva judicial», *Daños, Comercio Electrónico y Derecho Europeo de la Competencia* (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), Tirant lo Blanch 2019, págs. 216 a 217.

— «La estimación judicial del daño en las acciones follow on», *Almacén de Derecho*, 22 de octubre de 2019, https://almacendederecho.org/la-estimacion-judicial-del-dano-en-las-acciones-follow-on

PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Aranzadi, Navarra, 2013.

TROCKER, N., «From ALI-UNIDROIT Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary Outlook and some suggestions», *Uniform Law Review*, Vol. 19, 2014, págs. 239 a 291.

WAGNER, G., «Harmonization of Civil Procedure: Policy Perspectives», KRAMER, X.E.; RHEE, C.H. (eds.), *Civil Litigation in a Globalising world*, T.M.C Asser Press, La Haya, 2012, págs. 93 a 119.

VALLINES GARCÍA, E., «Harmonising Acces to Information and Evidence: The Directives on Intellectual Property and Competition Damages», *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, GASCÓN INCHAUSTI, F.; HESS, B. (eds.), Intersentia, Cambridge, 2020, págs. 123 a 159.

Capítulo 6 | El derecho a un proceso con todas las garantías y la protección de información confidencial en el proceso civil. Modelos europeos y convergencia

*Pilar Peiteado Mariscal**

SUMARIO. 1. DEFINIENDO EL OBJETIVO, UN PROCESO CIVIL ATRACTIVO Y VERSÁTIL. 2. LOS DERECHOS A UN PROCESO PÚBLICO Y A UN PROCESO EQUITATIVO, JUSTO O CON TODAS LAS GARANTÍAS: 2.1. La publicidad y la forma de las actuaciones procesales; 2.2. Cognoscibilidad de las actuaciones procesales por terceros. Derecho a un proceso público; 2.3. Cognoscibilidad de las actuaciones procesales por las partes. Derecho a un proceso justo, equitativo o con todas las garantías. 3. ACCESO DE LAS PARTES A LAS ACTUACIONES PROCESALES Y PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE PATRONES NORMATIVOS EUROPEOS: 3.1. Modelos de protección contenidos en normas jurídicas positivas. Las Directivas 2004/48/CE, 2014/104/UE y (UE) 2016/943; 3.2. Los Reglamentos de procedimiento del TJUE, el TG y el TUP: 3.2.1. *El Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea;* 3.2.2. *El Reglamento de procedimiento del Tribunal General;* 3.2.3. *El Tribunal Unificado de Patentes y su borrador de Reglamento de procedimiento*. 3.3. Las propuestas de normas reguladoras del proceso civil: 3.3.1. *La propuesta de Directiva de normas mínimas:* 3.3.2. *Las European Rules of Civil Procedure.* 3.4. Otras normas y situaciones periféricas; 3.5. Conclusión. Patrones europeos de protección de la información confidencial. 4. PROCESO CIVIL Y PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL. ESTADO ACTUAL: 4.1. Carencia de sistema general; 4.1.1. *Tratamiento procesal de la información confidencial en la LEC*; 4.1.2. *Tratamiento procesal de la información confidencial en leyes especiales;* 4.2. Carencia de diseño procesal. 5. ¿PODEMOS MEJORAR EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL EN EL PROCESO CIVIL? 5.1. Enmarcar el objeto de protección; 5.2. Unificar y generalizar el tratamiento procesal; 5.3. Establecer un procedimiento adecuado: 5.3.1. *Presupuestos previos;* 5.3.2. *Solicitud y procedimiento*; 5.3.3. *Resolución, recursos, ejecución, gastos y costas.* 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Definiendo el objetivo, un proceso civil atractivo y versátil

El proceso civil es un instrumento fundamental para la paz social, para la protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y para el desarrollo y el bienestar de las sociedades. A veces no sabemos ponderar o valorar si no es

* Profesora Titular de Derecho Procesal – Universidad Complutense de Madrid – Miembro del IDEIR

depreciando considerablemente la alternativa de lo que se pretende destacar; y algo de eso le está sucediendo al proceso civil en estos tiempos en los que el peso de lo justo y de lo bueno parece que reposa solo sobre los medios alternativos de solución de controversias. Bienvenidos sean estos medios, porque es función de un Estado que trata a los ciudadanos como sujetos de derechos adultos y responsables ofrecer el mayor número de posibilidades para que éstos atiendan razonablemente a sus asuntos y resuelvan sus conflictos; pero no porque el proceso civil sea incompatible con la cultura de la paz, abiertamente antidemocrático o no colaborativo, como con cierta frecuencia se le achaca. Lo cierto es que existen pocos mecanismos jurídicamente más depurados y que hayan contribuido más a la expansión de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico que el sistema mediante el que un órgano independiente, encarnado por personas a quienes ampara un estatuto jurídico específicamente orientado a proteger igualmente su independencia e imparcialidad, resuelve conforme a Derecho el litigio que le presentan dos partes, sirviéndose para ello de un instrumento diseñado para garantizar la audiencia de ambas y la igualdad entre ellas. Por supuesto que este sistema ideal tiene en su formulación práctica y en su aplicación cotidiana muchos problemas. Pero es tarea de los juristas resolverlos, atajarlos, evitarlos; reducirlos a base de propugnar que su uso sea limitado no parece la mejor opción.

Uno de los elementos que configuran el fenómeno conocido como «huida del proceso civil» es el deseo de proteger información que se considera confidencial, ya sea la propia existencia del proceso o una parte o la totalidad del cúmulo de hechos y de argumentos jurídicos que las partes deben incorporar al proceso —y acreditar, en el caso de los hechos— para ver reconocida la tutela que persiguen. Si la información confidencial se aporta a un proceso que no tiene un sistema para protegerla, la situación a la que se refiere la información queda irremediablemente expuesta. Pero, si no se aporta para preservarla, las partes pueden sufrir los efectos negativos que se derivan de no acreditar suficientemente los hechos que alegan para sostener la tutela que pretenden[1]. Las actuaciones procesales son públicas, en buena medida para proteger los derechos de los intervinientes en el proceso; pero esta circunstancia pugna con otros derechos cuyas visibilidad e importancia se incrementan en sociedades desarrolladas: a la intimidad personal y familiar, a la protección de datos, a la propiedad industrial e intelectual, a la preservación de secretos empresariales, económicos y comerciales. La publicidad del proceso, lejos

1. Tanto en el AJMer Barcelona de 3 de noviembre de 2015, ECLI:ES:JMB:2015:1444A, como en la SAP Valencia 80/2020 de 23 de enero, ECLI:ES:APV:2020:292, pueden verse ejemplos de cómo las partes que se niegan a incorporar determinada información al proceso alegando su carácter confidencial resultan —lógicamente— penalizadas. La SAP Valencia 1284/2020, de 17 de noviembre, ECLI:ES:APV:2020:4230, muestra también las dificultades de otra vía, la de introducir un informe pericial de parte sobre la documentación confidencial pero no la propia documentación, con base en la pequeñísima posibilidad que abre para ello el artículo 336.2 LEC, al permitir que los materiales o instrumentos usados para elaborar el dictamen no sean aportados al proceso «si no fuese posible o conveniente».

de funcionar como un reclamo en estos casos por las garantías que supone, incita a la búsqueda de otros medios de resolución de conflictos y tutela de los derechos e intereses particulares, en el plano de la práctica y de lo concreto; y permite que, desde la perspectiva teórica, el proceso civil sea considerado un instrumento poco idóneo para determinados litigios[2]. En nuestro proceso civil, además, el régimen de preclusión de alegación de hechos y fundamentos jurídicos del artículo 400 LEC representa también un inconveniente en este ámbito: puesto que el actor está obligado a introducir en el proceso con la demanda todos los hechos y argumentos que pueden sostener su pretensión, no es posible adoptar una posición estratégica para la defensa de la confidencialidad de cierta información que consistiría intentar obtener la tutela que se busca prescindiendo inicialmente de incorporar al proceso la información confidencial, y recurrir después a ella si las dificultades o el poco éxito del planteamiento inicial revela que es imprescindible hacerlo.

La confrontación de situaciones jurídicamente protegidas que hace necesaria la ponderación de los intereses en conflicto y la opción por el amparo prioritario de uno de ellos y por la relativa y consiguiente desprotección de otro no es, sin embargo, un escenario ajeno para el proceso; constituye además el contexto de este estudio, que pretende examinar de qué modo pueden combinarse en el proceso civil la protección de la información confidencial —para que no resulte necesario «huir» de él— y la salvaguarda de los derechos procesales de las partes. Tras el examen del contenido de estos derechos procesales de las partes vinculados con la publicidad de las actuaciones, se identificarán los elementos a través de los que las normas europeas de proceso civil combinan la protección de la confidencialidad y de las garantías procesales, para atender después a lo que sucede en nuestro proceso civil y a la conveniencia de converger o no con los estándares europeos en este punto.

2. Los derechos a un proceso público y a un proceso equitativo, justo o con todas las garantías

2.1. La publicidad y la forma de las actuaciones procesales

La publicidad de las actuaciones procesales es uno de los elementos vinculados a la noción de un proceso justo desde que comienzan a definirse los derechos de los ciudadanos frente al Estado en el ámbito de la administración de Justicia. No es extraño, pues, que los tres textos que dibujan para nuestro país las coordenadas

2. La situación que provoca el proceso civil es acertadamente descrita por Llopis Nadal (2020, pág. 165), con referencia a la protección de secretos comerciales: «In other words, the lack of measures to protect trade secrets in legal proceedigs was hindering their holders' access to justice. This obstacle was due to an evident paradox: to protect their *secret* information they had to *disclose* it in court and to *make it public*».

de lo que, en el contexto europeo y desde la perspectiva de los derechos individuales, es un Estado Democrático de Derecho, lo formulen de manera expresa. Así sucede en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales adoptado por el Consejo de Europa en 1950; en la Constitución española promulgada en 1978; y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada a la estructura jurídica básica de la UE por el Tratado de Lisboa en 2009.

> Conforme al artículo 6.1 CEDH, «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia». El artículo 24.2 CE prevé que «Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia»[3]. El párrafo segundo del artículo 47 CEDF declara que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar».

El derecho a que el proceso sea público está, por tanto, claramente vinculado en los textos jurídicos básicos a la concepción del proceso como «justo»; sin embargo, la doctrina procesal no contempla habitualmente la publicidad como un principio rector del proceso, como una directriz irrenunciable que se enuncia junto a otros elementos que son unánimemente estimados postulados elementales de justicia, como la audiencia, la igualdad o la contradicción. Doctrinalmente, la publicidad se vincula a la forma externa de los actos procesales, de manera que hay actos procesales que tienen la forma de públicos, y otros que no.

Pese a que abordar la publicidad o no de los actos procesales desde la perspectiva de la forma es un criterio muy extendido, no termina de resultar del todo afinado, puesto que lo que convierte a un acto procesal en público no tiene que ver con su

3. La CE también se refiere a la publicidad como regla de las actuaciones judiciales en el artículo 120.1: «Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento».

modo de producirse ni con el aspecto externo que adopta, que son los fundamentos posibles de un criterio formal. La realidad es que no son públicos los actos procesales que se producen públicamente, ante el público, sino los que pueden ser conocidos por el público, independientemente de cuál sea su modo de producirse y de si el conocimiento del público es inmediato, porque puede presenciarlos, o mediato, porque puede acceder a ellos posteriormente y/o a través de un tercero interpuesto. Y esta aptitud para ser cognoscibles por terceros no proviene tampoco de su forma exterior, que podía ser otro criterio para una conceptuación formal del carácter público y que está en el fundamento de la conexión entre la oralidad y lo público y la escritura y lo no público que a veces entablamos de manera un poco apresurada. Sin embargo, hay muchas actuaciones orales que no son públicas, muchas de las que se producen durante la instrucción de un proceso penal, por ejemplo, y otras actuaciones que son públicas pese a su forma escrita, como sucede con las sentencias y otras resoluciones.

Si se atiende al artículo 6 CEDH, primero en el tiempo y en el que se inspiran los demás, se observa que la norma no está hablando en abstracto de cómo deben ser los actos que configuran un proceso, sino que está otorgando un derecho concreto al justiciable que se somete a él: el derecho a que su causa sea oída en público y a que sea pública también la sentencia que le pone fin. Se trata de una formulación que habla mucho más de la estructura del proceso que de la calificación de sus actos: en todo proceso debe haber un momento en el que se expongan públicamente los fundamentos de las pretensiones de las partes, y la sentencia de todo proceso debe ser publicada. De este derecho puede extraerse en mucha mayor medida una directriz relacionada con el diseño de los procesos que una clasificación teórica de sus actos, salvo lo ya dicho: es público lo destinado a ser conocido por terceros, y no es público lo demás, independientemente de la forma externa en que unos y otros actos se produzcan. Y, aunque en el epígrafe siguiente se desarrollará un poco más esta cuestión, solo hay dos elementos destinados a ser conocidos por terceros en el proceso, conforme al artículo 6 CEDH: una exposición de los fundamentos esenciales de las pretensiones realizada por las partes ante el tribunal, y la sentencia: la publicidad del proceso se satisface con un solo acto con este contenido que pueda ser conocido por terceros, y con la difusión de la resolución que le pone fin.

Definir la publicidad del proceso, no con vinculación al modo de producción de los actos sino a los sujetos que pueden conocerlos, permite que seamos precisos no solo con lo que, al trazar la división, queda del lado de lo público, sino también con lo que queda en el lado de lo no público. Sucede que las actuaciones que no están destinadas a ser conocidas por terceros no son completamente homogéneas entre sí desde la perspectiva de su cognoscibilidad. En nuestro ordenamiento, el artículo 234 LOPJ, que dispone en esencia que se puede facilitar información sobre las actuaciones procesales a quien acredite un interés legítimo, salvo que el tribunal las

haya declarado reservadas o secretas, sugiere cuatro niveles distintos respecto de la cognoscibilidad de las actuaciones procesales[4]. En primer lugar y como ya se ha visto, hay actos destinados a ser conocidos por terceros con carácter general, y de su existencia en un proceso concreto depende que éste pueda ser considerado público y por tanto respetuoso con el derecho a un proceso público. Los actos procesales restantes —segundo nivel— también pueden ser conocidos por terceros, pero ya no con carácter general ni de forma directa; es necesario que los terceros acrediten un interés legítimo respecto del objeto del proceso y que con base en ese interés formulen una solicitud que puede ser atendida o no, total o parcialmente. En cuanto a los niveles tercero y cuarto, no hay actos procesales que por naturaleza sean reservados o secretos, sino que estas condiciones deben ser declaradas por el tribunal de forma motivada. ¿Y en qué consisten estas categorías? La LOPJ no las define, así que, con base en la tradición y doctrina procesales, consideraremos aquí que son actuaciones procesales reservadas las cognoscibles solo por las propias partes, y no por terceros con interés legítimo, y que son secretas aquellas de cuyo conocimiento se priva total o parcialmente a las partes, o a alguna de ellas y, por supuesto, a los terceros.

> La LOPJ es poco precisa en lo que se refiere a la cognoscibilidad de las actuaciones procesales. Un ejemplo. El artículo 232.3 LOPJ, que precede casi inmediatamente al ya mencionado artículo 234 LOPJ, prevé que los tribunales, de forma excepcional y por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades «podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones». Mientras que del artículo 234 LOPJ se desprenden cuatro niveles distintos en cuanto a la cognoscibilidad de las actuaciones procesales, el artículo 232 LOPJ pasa del blanco al negro, de lo público a lo secreto, sin mayor transición, y sin que pueda entenderse que utiliza el concepto de secreto en el mismo sentido que el artículo 234 del mismo texto legal. La LEC, que en este trabajo nos interesará particularmente, afina mucho más. En primer lugar, cuando regula la publicidad de las actuaciones procesales la restringe a las de naturaleza oral. Así, el artículo 138.1 LEC, bajo el rótulo «Publicidad de las actuaciones orales» dispone que «Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública». A continuación, el artículo 140, con un rótulo más general, «Información sobre las actuaciones», atribuye a quien acredite un interés directo y legítimo

4. Artículo 234 LOPJ. «1. Los Letrados de la Administración de Justicia y funcionarios competentes de la oficina judicial y de la oficina fiscal facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones procesales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas o reservadas conforme a la ley.
2. Las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo y directo tendrán derecho a obtener, en la forma dispuesta en las leyes procesales y, en su caso, en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, copias simples de los escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados. También tendrán derecho a que se les expidan los testimonios y certificados en los casos y a través del cauce establecido en las leyes procesales».

> el derecho de acceder a las actuaciones, siempre que no hayan sido declaradas reservadas. Los apartados 4 y 3 de este artículo ofrecen una explicación de esta situación jurídica que no se encuentra en la LOPJ: las actuaciones reservadas solo pueden ser conocidas por las partes, sus representantes y sus defensores, y la reserva puede ser decretada por el tribunal mediante auto por las mismas causas que le permiten limitar la publicidad de los actos orales. El secreto, tradicionalmente vinculado con la investigación penal y que excluye el conocimiento de las partes, no está actualmente contemplado en la LEC.

Conforme al derecho a un proceso público, por tanto, las partes tienen derecho a que las actuaciones procesales, al menos determinadas actuaciones procesales, sean conocidas por terceros. Ahora bien, ¿existe también un derecho de las partes a conocer las actuaciones procesales, a que todas las actuaciones procesales sean públicas para ellas? ¿Un derecho que les otorgaría a su vez otro, el derecho a que las actuaciones procesales sean excluidas de su conocimiento solo cuando concurrieran los supuestos y con las formalidades que estuvieran previstos para ello en la ley? Y, si se considerase que efectivamente las partes son sujetos de estos derechos, ¿formaría parte el derecho de las partes procesales a conocer las actuaciones y a acceder a ellas del derecho fundamental a que el proceso sea público?

En ocasiones, este derecho de las partes a conocer las actuaciones procesales y a acceder a ellas no se presenta nítidamente separado del derecho a que determinados actos procesales sean públicos para terceros, de manera que en el contenido del derecho a un proceso público concurren ambos aspectos, adoleciendo en consecuencia de una cierta falta de claridad, de limpieza o de coherencia; por ejemplo, es fácil encontrar en las explicaciones del derecho a un proceso público referencias al secreto de sumario, pese a que ese secreto se proyecta sobre actuaciones procesales que no forman parte del derecho a un proceso público. Por tanto, el derecho de las partes a estar informadas de todo lo que en el proceso realizan otros sujetos —el tribunal, la parte contraria, sujetos de la prueba, autoridades requeridas por el tribunal como registradores o colegios profesionales— se integra en el conjunto de garantías que constituyen el derecho a un proceso equitativo, el derecho a un proceso justo o el derecho, valga la redundancia, a un proceso con todas las garantías. Sin embargo, y aun dentro de este contexto, el derecho a conocer todas las actuaciones procesales tiene sustantividad propia. Los principios de igualdad de armas, de audiencia y de contradicción —en su sentido más genuino este último, dualidad de partes— quedarían salvaguardados en abstracto mediante un sistema procesal en que cada una de las partes tuviese equivalentes posibilidades de plantear ante el tribunal su versión del litigio que las enfrenta, decidiendo el tribunal si los materiales aportados pueden o no ser tomados en consideración según las reglas de la ley procesal y resolviendo el asunto en función de los argumentos y pruebas incorporados al proceso por las partes. Sin embargo, el proceso es el instrumento de la función jurisdiccional, y la evolución de la civilización jurídica nos ha enseñado que

el mejor sistema para decir con acierto el Derecho al caso concreto no requiere solo de información sino también de debate; las partes, por tanto, deben conocer las actuaciones que provienen del tribunal y de las otras partes para poder reaccionar ante ellas como a su derecho convenga, obteniendo el tribunal de este segundo nivel de contradicción, no dado solo por la existencia de dos partes sino por la interacción entre ellas, el mayor y mejor conjunto de elementos posible para el ejercicio de la función jurisdiccional.

En cuanto a las posibilidades de conocimiento de las actuaciones procesales existen, por tanto, dos niveles distintos. Uno de ellos, *ad extra*, hace referencia a la cognoscibilidad de las actuaciones procesales por terceros, y está amparado por el derecho a un proceso público. El segundo nivel, *ad intra*, consiste en el derecho de las partes a conocer las actuaciones procesales que se producen dentro del proceso y a acceder a ellas; y forma parte del derecho a un proceso equitativo o justo. Veamos con algo más de detenimiento estas dimensiones.

2.2. Cognoscibilidad de las actuaciones procesales por terceros. Derecho a un proceso público

El derecho a un proceso público se concreta, pues, en el derecho de las partes a que su causa sea oída en un acto al que puedan acceder terceros, y en que la sentencia que se pronuncie sobre el asunto sea publicada. El TEDH[5] ha señalado específicamente que el primero de los elementos que integran el contenido del artículo 6.1 CEDH se satisface con la celebración de una audiencia[6]. Esta exigencia está matizada por diversas consideraciones, que podemos reunir en dos grupos. Por un lado, la necesidad de este acto de audiencia afecta fundamentalmente a la primera instancia, y puede ser prescindible en segunda instancia o en los recursos extraordinarios si ha existido en la primera[7]. Y, por otro, hay asuntos que, por circuns-

---

5. La jurisprudencia sobre el derecho a un proceso público del TEDH y de otros tribunales es abundantísima y variada, y no puede abordarse aquí de manera completa, puesto que su referencia es necesaria para situar el contexto de este estudio pero no constituye el objetivo del trabajo en sí. Sobre cada punto que se mencione se citarán las resoluciones que, por ser las primeras o las más completas, fijan el estado de la cuestión con carácter general, sin pretensión de exhaustividad y con plena conciencia de que existen otras muchas que consolidan el tratamiento de la materia o que dibujan perfiles específicos en función de las situaciones que abordan.

6. *Vid*. STEDH de 23 de febrero de 1994, *Fredin v. Suecia*. La precisión de que, en el proceso penal, la audiencia que satisface el derecho a un proceso público es el juicio oral se encuentra en varias resoluciones, la STEDH de 22 de febrero de 1984, *Sutter v. Suiza*, entre otras.

7. *Vid*. STEDH de 26 de abril de 1995, *Fischer v. Austria*. También es esta una cuestión con muchos matices. Por ejemplo, la exigencia de que la condena esté fundada en una prueba que se ha practicado públicamente impide que el tribunal de segunda instancia reconsidere los hechos probados en un proceso penal si no ha habido durante la segunda instancia un acto oral y público del que el tribunal pueda extraer los datos necesarios para esta reconsideración. En nuestro país, esta doctrina se consolida con la muy relevante STC 144/2012, de 2 de julio, ECLI:ES:TC:2012:144.

tancias diversas pero siempre de naturaleza procesal o técnica, permiten eludir la celebración de audiencia: habitualmente se refieren a la usencia de controversia respecto de los hechos y a procesos que versan exclusivamente sobre cuestiones jurídicas no demasiado complejas[8].

Tanto la doctrina constitucional y procesal como la jurisprudencia de los tribunales que interpretan los sistemas de derechos fundamentales a que está sometido nuestro país sitúan el basamento del derecho a un proceso público en el control democrático de la administración de Justicia y en los mecanismos que posibilitan la participación de los ciudadanos en ella. Este fundamento permite comprender por qué no es necesario que todo el proceso sea público, sino que es suficiente con que los terceros puedan acceder a una exposición de la causa por parte de las partes y a la sentencia del tribunal. El TEDH sostiene de modo constante que la existencia de un acto de audiencia al que pueden concurrir terceros permite mantener la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia, mientras que de modo simultáneo protege a los justiciables de una justicia secreta que escape al control que puede ejercer la sociedad sobre lo que se exhibe en público; este control es a su vez necesario para salvaguardar el derecho a un proceso equitativo que asiste a las partes. La referencia a estas dimensiones del derecho a un proceso público, objetiva o vinculada al conjunto de la ciudadanía, y subjetiva, respecto del justiciable concreto, son habituales en la jurisprudencia del TEDH. Los mismos argumentos se repiten respecto de la publicidad del veredicto o sentencia, que no es indispensable que sea pronunciado públicamente si existen otros medios para su difusión[9].

Es importante observar que, en todo caso, la titularidad de este derecho se restringe al justiciable, es decir, les corresponde a los ciudadanos en cuanto justiciables, no en cuanto detentadores de un poder de control sobre la administración de justicia. Hay que recordar que el ángulo correcto para observar este derecho no es el del conocimiento de las actuaciones judiciales, sino el de que la propia causa sea conocida, y este factor sitúa la legitimación solo en el sujeto sometido al proceso, y no en los que forman parte de la colectividad[10]. Pese a ello, y puesto que, como se ha dicho, se trata de un derecho que tiene una dimensión objetiva y vinculada al conjunto de la sociedad, las partes no pueden disponer del derecho a un proceso público, no pueden limitar la publicidad procesal por acuerdo entre ellas; los derechos de naturaleza procesal son, en muchas ocasiones y además de derechos

---

8. Así, SSTEDH de 12 de febrero de 2003, *Döry v. Suecia* y de 25 de abril de 2002, *Varela Assalino v. Portugal*, entre otras muchas.

9. SSTEDH de 16 de septiembre de 1995, *Diennet v. Francia;* de 8 de diciembre de 1983, *Pretto y otos v. Italia*; de 21 de diciembre de 2006, *Moser v. Austria*.

10. Esta otra faceta, tal y como apunta Millione (2010, pág. 558), tal vez podría abordarse desde el derecho a ofrecer y recibir información veraz, pero no desde luego desde el derecho a un proceso público.

subjetivo-públicos, también contrapesos y mecanismos de control que garantizan el correcto funcionamiento de lo que, a la postre, es un poder del Estado.

Por otro lado, el derecho a un proceso público no es absoluto, sino que puede y debe ser limitado cuando entra en concurrencia con otros derechos que merecen mayor protección. De hecho, es muy frecuente que esta limitación esté prevista con carácter general en las normas jurídicas, que enumeran los supuestos en que puede producirse. Sucede directamente en el propio artículo 6.1 CEDH, y en nuestro ordenamiento encontramos análogas previsiones; muy genérica en el artículo 232.3 LOPJ, y prácticamente idéntica a la del artículo 6.1 CEDH en el artículo 138.2 LEC: «Las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia». Tanto el TC como el TS han señalado los factores que deben concurrir para que la restricción de la publicidad de las actuaciones orales sea legítima. Es necesario que la causa que determina la restricción esté prevista como tal en una norma con rango de ley o en uno de los tratados, convenios o normas supranacionales a los que nuestro país ha decidido someterse; la decisión debe adoptarse tras oír a las partes y mediante auto, con su correspondiente motivación; y la ejecución de la decisión debe ajustarse estrictamente a las previsiones de la resolución judicial[11].

> Desde esta mirada restrictiva se percibe como muy desafortunada la previsión de que el letrado de la administración de justicia pueda adoptar esta decisión mediante decreto respecto de las comparecencias que tienen que producirse ante él, introducida en el segundo párrafo del artículo 138.3 LEC; se trata de la limitación de un derecho fundamental, y no debería ser acordada por nadie fuera de un juez.

La garantía que supone que las actuaciones procesales sean cognoscibles por terceros puede también convertirse en un serio problema cuando el asunto de que se trate despierta en la sociedad un interés notable. Entonces, muy particularmente si el proceso es penal, y de modo más extremo aún si están implicados jurados, pero también en otras circunstancias, el derecho a un proceso público puede afectar negativamente a otros derechos de los justiciables como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes o el derecho a un proceso con todas las garantías, que implica que la decisión de los tribunales

11. Enumera estos factores, entre otras muchas, la STS 580/2021, de 1 de julio, ECLI:ES:TS:2021:2834 recogiendo doctrina del propio TS y del TC.

se funda en las alegaciones y pruebas incorporadas al proceso y no en el prejuicio articulado a través de los medios de comunicación o por la presión social[12].

El derecho a un proceso público se encuentra en el momento actual con dos riesgos para su efectividad, ambos crecientes: la introducción de la tecnología en el proceso y la protección de la información confidencial que accede a él.

Es un hecho que la tecnología tiene ventajas también para la administración de Justicia, y que tanto la UE como los Estados miembros tratan de incorporar esas ventajas al ejercicio de la función jurisdiccional. A la vez, es común también la conciencia de que transformación de los sistemas procesales para acoger las mejoras que la tecnología puede aportar debe hacerse sin merma de las garantías y derechos procesales de los justiciables. Respecto del derecho a un proceso público, la introducción de la tecnología en el proceso abre el paso a dos tipos de dificultades, más concreta y evidente la primera, pero también más fácil de combatir; y más difusa y de fondo la segunda.

En primer lugar, la celebración de audiencias de manera telemática puede comportar una limitación para el acceso de los terceros a estas actuaciones procesales, de manera que su cognoscibilidad seguiría siendo posible *de iure*, pero no *de facto*. Frente a esta dificultad para la efectividad del derecho se alza como solución la retransmisión pública de las audiencias, en *streaming* o en diferido. Pero lo cierto es que la plena eficacia del derecho tal y como lo tenemos definido hasta ahora se dificulta, porque el esfuerzo tecnológico para retransmitir las audiencias —retransmisión que también hay que publicitar— es distinto y superior al necesario para celebrarlas, de manera que es posible que la celebración esté mucho más asegurada y extendida que la retransmisión, excluyéndose de este modo, al menos parcialmente, el derecho a un proceso público.

> Sirve como pequeño botón de muestra lo que el legislador prevé para nuestro país a través del ALED. Las Disposiciones finales segunda y séptima modifican respectivamente la LECr y la LEC introduciendo como regla general la forma telemática de las actuaciones, cierto que con excepciones importantes en ambos casos, mayores cuantitativa y cualitativamente en el proceso penal, para el que se reduce también el margen judicial para alterar las previsiones legales, que es bastante amplio en la LEC. El primer párrafo del artículo 67.1 ALED prevé que «Los actos de juicio, vistas y otras actuaciones que de acuerdo con las leyes procesales se hayan de practicar en audiencia pública, cuando se celebren con participación telemática de todos los intervinientes, se retransmitirán públicamente en la forma que se establezca por el Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica, siempre

12. El TS, que ha llegado a afirmar que «La publicidad procesal como conquista histórica del constitucionalismo liberal ha dado paso a la publicación del proceso», ha tenido muchas ocasiones de ocuparse de este problema; un repaso por su doctrina puede verse en la STS 120/2021, de 11 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:353.

> que los tribunales, oficinas judiciales y oficinas fiscales dispongan de los medios técnicos necesarios para ello». Para celebrar estos mismos actos de manera telemática también es necesario que los tribunales dispongan de los medios oportunos; pero así como el artículo 64 ALED ordena a las administraciones públicas competentes que provean de medios a los tribunales «para que puedan garantizarse las actuaciones y servicios no presenciales», no sucede lo mismo respecto de los medios dirigidos a retransmitirlas. Entra, pues, en lo posible, que haya actuaciones que puedan celebrarse de manera telemática porque existen medios para ello, pero que no puedan, por la razón opuesta, ser retransmitidas.

Pude pensarse, y es cierto, que la retransmisión de actuaciones telemáticas comporta riesgos para el derecho a un proceso público pero también beneficios que tal vez compensen las dificultades, y es que la retransmisión permite un acceso del público a las actuaciones procesales cuantitativamente mucho mayor que la presencia física, condicionada por factores de espacio, lugar y tiempo que desaparecen cuando el acceso es virtual y no presencial. Sin embargo, e introduciendo con esto el segundo de los elementos de riesgo que el uso de la tecnología supone para el derecho a un proceso público, está cada vez más acreditado que a la conexión virtual va ligada una cierta desconexión emocional, y que la intervención virtual conlleva casi inevitablemente desafección y desinterés; o, de forma más precisa, que no es del todo apta para crear los vínculos de valoración e interés por parte de los ciudadanos hacia la administración de Justicia, ni la sensación en quienes forman parte de él de que el servicio público de Justicia está siendo valorado y sopesado por los ciudadanos, que sí se derivan del acceso presencial a las actuaciones procesales y que se encuentran en la base del derecho a que las actuaciones procesales sean cognoscibles por terceros[13]. Hay que tener presente entonces cómo puede verse afectada por su ejercicio fundamental o exclusivamente tecnológico la efectividad de un derecho vinculado al control por parte de los ciudadanos de un poder del Estado y a su implicación en él.

El segundo riesgo que va apareciendo en el horizonte del derecho a un proceso público está en las circunstancias que permiten limitar el acceso a actuaciones cognoscibles por terceros y, de manera concreta, en la protección de información confidencial. Es cierto que hay otros factores distintos de la información confidencial que limitan este derecho. Pero, por un lado, ya son conocidos, están delimitados y regulados, como ya se ha señalado; y, por otro, son excepcionales y no es previsible que crezcan cuantitativamente. Sin embargo, la protección de información confidencial en el proceso es un fenómeno relativamente nuevo, con instrumentos legislativos todavía poco desarrollados y que, si bien no es probable que se

---

13. *Vid*. sobre este punto Benninger, Colwell, Mukamal y Plachinski, 2021, págs. 86-92. Las conclusiones de este informe fueron presentadas por Picó i Junoy mediante una comunicación en el III Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, que se publicará próximamente en las actas del congreso.

generalice, sí que está llamado a crecer cuantitativamente en los ámbitos de litigación que le son propios y tal vez a expandirse moderadamente en otros. A la protección de la información confidencial se dedica gran parte de este trabajo, así que baste por el momento con dejar apuntada su relación con esta dimensión más externa del derecho a un proceso público. Sí es importante ahora delimitar la protección de información confidencial de otros dos fenómenos que se enuncian con frecuencia como limitativos del derecho a un proceso público, sin serlo realmente, el secreto de sumario y la protección de datos personales.

El secreto de sumario se analiza con mucha frecuencia respecto del derecho a un proceso público. Sin embargo, no es el contexto adecuado. El derecho a un proceso público no alcanza a todas las actuaciones del proceso sino, fundamentalmente y como se ha visto, a las relativas a la práctica de la prueba y a la sentencia, aunque puede extenderse a otras comparecencias orales de las partes con el tribunal. Las actuaciones sumariales no forman parte de los actos procesales que pueden considerase públicos de esta perspectiva: ni son actuaciones probatorias ni en todas las ocasiones se desarrollan en una vista que reúne a ambas partes con el tribunal. Las actuaciones sumariales no son públicas, sino reservadas; no cognoscibles por terceros, sino por las partes. Por tanto, la limitación de acceso a ellas que impone el secreto de sumario no restringe el derecho a un proceso público en su vertiente externa, sino el derecho de información de las partes que se integra en el derecho a un proceso con todas las garantías.

En cuanto a la segunda cuestión problemática, la protección de datos personales no es, como regla general, una exclusión de la publicidad en sentido procesal, puesto que los datos personales no constituyen actuaciones procesales —que es el objeto sobre el que se proyecta la publicidad procesal— ni son imprescindibles para que el derecho a un proceso público cumpla las finalidades que lo fundamentan. Esta distinción permite comprender igualmente que la anonimización de las sentencias y de otras resoluciones judiciales no es una restricción de la publicidad procesal, puesto que el control público de la función jurisdiccional sigue existiendo, aunque se reserven los nombres de los sujetos concretos sobre los que se proyecta. Los tribunales se pronuncian habitualmente en el sentido de que la difusión indiscriminada de una sentencia sin borrado de elementos personales de identificación constituye una lesión para los derechos a la intimidad y a la protección de los datos personales y no puede ampararse en la publicidad de las actuaciones judiciales, salvo que la publicación íntegra de la sentencia constituya en todo o en parte la tutela que mediante ella se otorga[14].

---

14. *Vid*. STS 661/2016, de 10 de noviembre, ECLI:ES:TS:2016:4836, seguida por las Audiencias provinciales como puede verse en la SAP Palencia 171/2020, de 27 de mayo, ECLI:ES:APP:2020:233. Más recientemente, STS 495/2022, de 22 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2480.

En nuestro país, corresponde al CENDOJ someter las resoluciones que publica a un proceso de anonimización que elimina los nombres de los intervinientes y otros detalles personales que permitirían identificarlos. Lo cierto es que la legislación es todavía algo confusa sobre esta cuestión[15], y también que conviven en nuestro sistema criterios distintos, puesto que el TC, no sometido a la LOPJ ni a la potestad reglamentaria del CGPJ, acordó hace algún tiempo mantener los nombres de las partes en sus sentencias, salvo que exigencias directamente derivadas del derecho a la intimidad recomendaran otra cosa[16]. En este punto, el régimen de las actuaciones orales y escritas es muy distinto, puesto que las primeras no permiten ser disociadas de sus intervinientes. Por tanto, su celebración a puerta cerrada para proteger la intimidad de las partes u otros intereses previstos en la ley excluye completamente el control del público sobre ellas y, como consecuencia, la publicidad y el derecho a un proceso público.

2.3. Cognoscibilidad de las actuaciones procesales por las partes. Derecho a un proceso justo, equitativo o con todas las garantías

Como se ha dicho, las partes tienen un derecho a conocer las actuaciones procesales y a acceder a ellas, que forma parte del derecho a un proceso con todas las garantías junto con elementos tales como la audiencia, la igualdad o la contradicción, aunque con perfil y contenido propios. Este derecho, como todos los que configuran el derecho a un proceso con todas las garantías, está estrechamente relacionado con el derecho de defensa, que no solo se refiere a la posibilidad formal de sostener la propia posición procesal mediante alegaciones y pruebas, sino a que la posición procesal de las partes sea a su vez apta para la exteriorización y protección de los intereses de la parte. El derecho a conocer las actuaciones procesales proporciona a las partes instrumentos para adaptar su posición procesal a la defensa de sus intereses, y para ir modulándola en lo que permitan las leyes procesales (mediante actos de disposición, por ejemplo, o decisiones de estrategia procesal) en función del desenvolvimiento del proceso[17].

---

15. *Vid*. sobre este punto Cano Galán 2020, págs. 33-47. Aunque su perspectiva es la del orden social, la normativa general, europea y nacional, es común a todos los órdenes jurisdiccionales. Con un planteamiento mucho más amplio y exhaustivo y especial incidencia en las asimetrías entre el ámbito europeo y el de los Estados miembros, *vid*. Jimena Quesada y Tomás Mallén 2021.

16. Acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales, consultable en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8372 Acuerdos en sentido contrario, sobre la base de su reglamento de procedimiento, ha adoptado, en cambio, el TJUE, como puede verse en https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-11/tra-doc-es-div-c-0000-2015-201508723-05_00.pdf

17. La importancia del conocimiento de las actuaciones para el sostenimiento de la propia posición procesal está muy bien plasmada en la SAP Tarragona 44/2022, de 27 de enero, ECLI:ES:APP:2020:233. Ante un caso de sustitución entre letrados, la Audiencia estima que no es suficiente con la presencia formal de un abogado,

No es frecuente encontrar, en doctrina y jurisprudencia, la afirmación positiva de este derecho, que queda subsumido en el más general del proceso equitativo, justo o con todas las garantías, y también en derechos como el de defensa o el de hacer uso de los medios de prueba pertinentes. Sin embargo, puede ser dibujado de forma negativa, comprobando que existen circunstancias que permiten que las partes sean excluidas del conocimiento de las actuaciones porque su derecho entra en concurrencia con otros que merecen una protección mayor. Así sucede con la declaración de secreto de sumario en el proceso penal, y también con la protección de información confidencial, que puede revelarse necesaria en cualquier tipo de proceso.

El TC pone habitualmente el secreto de sumario en el contexto general de la publicidad procesal y del derecho a un proceso público, pero cuando entra en su análisis concreto siempre deriva hacia el derecho a un proceso con todas las garantías, Así, la STC 95/2019, de 15 de julio[18], citando también jurisprudencia propia anterior y con referencia al secreto de sumario, afirma que «…si esta suspensión temporal se convierte en una imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el momento del juicio oral, puede impedir que el investigado esté «en disposición de preparar su defensa de manera adecuada» (STEDH de 18 de marzo de 1997, asunto Foucher c. Francia). Por tanto, la decisión judicial de decretar secretas las actuaciones sumariales podrá incidir sobre el derecho de defensa del imputado cuando carezca de justificación razonable, no se dé al mismo posibilidad posterior de defenderse frente a las diligencias de prueba obtenidas en esta fase o, por último, se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo actuado». La relevancia del secreto no está tanto en el derecho a un proceso público, que, como se ha dicho, no se proyecta en ningún caso sobre las actuaciones sumariales, sino en la falta de conocimiento de las actuaciones procesales por parte de las partes, una falta de conocimiento que incide de forma absoluta en sus planteamientos procesales.

En el ámbito del proceso civil, el TC se ha pronunciado sobre esta materia en la STC 64/2019, de 9 de mayo[19], que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la posible vulneración del derecho a la intimidad de los menores por la norma que obliga a entregar a las partes de un proceso de familia el acta detallada de la exploración judicial de un menor, cuando de esta exploración, y precisamente para proteger los derechos del menor, se ha excluido la intervención de las partes. El TC considera que el derecho del menor a su intimidad entra en conflicto con los derechos procesales de las partes. No con el derecho a un proceso público, que el

---

incluso si ha recibido instrucciones del cliente, sino que es necesario que el abogado se haya instruido suficientemente del proceso, puesto que le será imposible de otro modo sostener la posición procesal que representa.

18. ECLI:ES:TC:2019:95

19. ECLI:ES:TC:2019:64

TC no menciona aunque otros intervinientes en la cuestión de inconstitucionalidad sí lo hacen, sino con el derecho de las partes a conocer las actuaciones procesales, que incardina en el conjunto de derechos que permiten considerar que el proceso es equitativo y cumple con todas las garantías, y que vincula con el derecho a la tutela judicial efectiva. A lo largo de la sentencia hay numerosas afirmaciones y pronunciamientos en este sentido; una breve y concreta es la siguiente: «… el acceso de las partes a todos los documentos del proceso es una consecuencia obligada del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión».

3. Acceso de las partes a las actuaciones procesales y protección de la confidencialidad. Identificación de patrones normativos europeos

La referencia a las normas europeas tiene siempre unos límites algo borrosos. El acervo normativo europeo es enorme —el conjunto conocido como *acquis*—, y no se limita a las normas jurídicas en sentido formal que constituyen los niveles primario y secundario de legislación de la Unión, sino que abarca otros elementos de origen diverso pero con fuerte contenido normativo, como los tratados concluidos por la UE o por los Estados miembros, las resoluciones y decisiones adoptadas por la Unión o la jurisprudencia del TJUE[20].

De entre todo el conjunto de regulaciones que pueden ofrecernos información sobre cómo se contempla a nivel de la Unión Europea la protección de la información confidencial en el proceso civil, vamos a fijarnos en tres grupos. El primero está constituido por tres directivas, aplicables y en vigor, que legislan sobre la protección de información confidencial en procesos civiles específicos; el segundo, por los Reglamentos de procedimiento de tres tribunales, el TJUE, el TG y el TUP, que tienen entre ellos una distinta situación de vigencia y aplicabilidad; por último, se atenderá a dos propuestas de regulación del proceso civil, la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea y el proyecto *European Rules of Civil Procedure* formuladas por ELI y UNIDROIT. Como colofón, y antes de tratar de extraer elementos comunes que sirvan para identificar líneas de actuación del legislador europeo en este ámbito, se examinarán también algunas normas que, sin referirse directamente al proceso civil, pueden arrojar alguna luz sobre él porque están vinculadas a la preparación de un posible proceso civil o porque se refieren a procedimientos que, sin ser jurisdiccionales, se asientan en principios equivalentes.

---

20. Así está definido en el *Glosary of summaries* que ofrece la UE en su web de legislación. *Vid*. https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary.html

Como puede advertirse, además de un valor jurídico muy distinto que recorre desde el más formal *hard law* hasta el extremo del *soft law*, estos conjuntos de normas permiten una aproximación desde ópticas tan diversas como los aspectos procesales específicos que están implicados en la protección de derechos e intereses concretos, el funcionamiento de los tribunales que aplican estas normas y la regulación completa de un proceso civil ordinario.

> Todas o casi todas las normas que van a ser examinadas contienen disposiciones que protegen la información confidencial que se vierte en el proceso del conocimiento de terceros ajenos a él, y también normas que la protegen, de manera más o menos amplia, del conocimiento de las propias partes procesales. Como ya se ha dicho, es este segundo aspecto el que aquí va a concitar la atención. Por supuesto, la limitación del derecho a un proceso público que puede conllevar la existencia de información confidencial tiene mucha importancia, pero los modos de abordar esta cuestión son relativamente claros y pacíficos, como se ha visto en el artículo 6 CEDH y en las normas que se refieren a esta materia en la LOPJ y en la LEC, y nuestro ordenamiento jurídico se encuentra alineado en este punto con los modelos que rigen en los contextos jurídicos a los que pertenecemos; la limitación del acceso de las partes a las actuaciones procesales, en cambio, es un elemento que aún no ha adoptado una posición estable en nuestro proceso civil.

3.1. Modelos de protección contenidos en normas jurídicas positivas. Las Directivas 2004/48/CE, 2014/104/UE y (UE) 2016/943

La primera norma jurídica que incluye de manera expresa la necesidad de proteger la información confidencial que se incorpora a las actuaciones procesales es la Directiva 2004/48/CE de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. En el contexto de acceso a las fuentes de prueba, de su protección y de su incorporación al proceso, tanto el Considerando (20) como los artículos 6 y 7 señalan que los procesos que en los Estados miembros tienen por objeto el amparo y defensa de los derechos de propiedad intelectual deben prever medios para garantizar la protección de la información confidencial, en concreto en lo que se refiere a la obtención y/o protección de fuentes de prueba que se encuentran en poder de la parte contraria.

La Directiva 2014/104/UE 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, se sitúa en el mismo contexto pero es mucho más concreta. De nuevo se trata de la protección de unos derechos específicos, el derecho de los parrticulares a ser indemnizados por daños sufridos como consecuencia de la infracción de las normas de competencia, y también encontramos la protección de

información confidencial regulada en sede de acceso y/o protección de fuentes de prueba[21]. La mayoría de las novedades de esta Directiva respecto de la de 2004 en la consideración de la información confidencial en el proceso civil van en la línea de una mayor concreción o profundidad en elementos que ya estaban presentes en la Directiva anterior: por un lado, se formula un catálogo concreto de medidas de protección de la información confidencial que los Estados miembros pueden adoptar; por otro, se considera la confidencialidad o no de la información que pretende obtenerse a través de las medidas de acceso a fuentes de prueba y las medidas existentes para protegerla en el ordenamiento nacional de que se trate como un criterio que el tribunal debe ponderar para valorar si permite o no la exhibición de fuentes de prueba solicitada; además, se contempla la imposición de sanciones, no solo dentro del proceso sino con trascendencia procesal, para las partes o terceros que desconozcan las decisiones del tribunal dirigidas a proteger la información confidencial que haya accedido al proceso. Hay una diferencia, en cambio, que tiene un peso cualitativo importante: la Directiva 2014/104/UE establece dos ámbitos en los que la confidencialidad es absoluta, de modo que el tribunal no podrá ordenar el acceso a estas categorías de prueba, ya estén en poder de la parte contraria o de un tercero. Se trata de las declaraciones prestadas en el marco de un programa de clemencia, y de las solicitudes de transacción; sí es posible que las partes pidan que el tribunal acceda a esta información, pero se debate si es solo para verificar que la fuente de prueba controvertida debe ser completamente excluida del proceso porque efectivamente puede considerarse integrada en las categorías a que se refiere la Directiva, o si puede ser excluida del conocimiento de las partes pero no del conocimiento del tribunal, de modo que la resolución final podría tomar en consideración elementos sobre los que las partes no hubiesen tenido ocasión de argumentar al no haber podido acceder a ellos[22].

> Sobre el acceso a los materiales generados en el marco de un programa de clemencia y sobre la posibilidad de que la información que forma parte de esta categoría quede completamente excluida del acceso de las partes pero no del acceso del tribunal existe actualmente una cuestión prejudicial formulada ante el TJUE respecto de la que el Abogado General no ha pronunciado todavía sus Conclusiones[23].

El tercer elemento de esta sucesión de normas es la Directiva 2016/943 de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utiliza-

---

21. *Vid*. Considerandos (18) y (33), y artículos 5, 7 y 10.

22. Cfr. apartados 6 y 7 del artículo 6 de la Directiva de 2014. Antes de su aprobación, el TJUE había admitido de manera muy moderada y cauta el acceso a estas categorías de prueba en procedimientos administrativos, pero la Directiva lo veda absolutamente. *Vid*. JAEGER 2019, págs. 5-7.

23. Se trata de la Petición de decisión prejudicial planteada por el *Nejvyšším soudem České republiky* (República Checa) el 1 de febrero de 2021, Asunto C-57/2, *RegioJet v. České dráhy*.

ción y revelación ilícitas[24]. Esta norma presenta diferencias notables respecto de las dos anteriores; la razón reside en que su óptica no es simplemente la de salvaguardar la información confidencial que pueda encontrarse involucrada en el ejercicio de otros derechos, sino que esta norma se proyecta sobre los procesos cuyo objeto es precisamente el derecho a mantener protegido un tipo específico de información confidencial, la que puede calificarse como secreto comercial o empresarial. Como consecuencia, la Directiva se detiene en la necesidad de compatibilizar las medidas que garantizan la protección de la información confidencial con el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que, en una parte importante, el objeto de estos procesos estará constituido precisamente por la decisión sobre si determinada información puede ser o no considerada como secreto comercial. Las diferencias con las regulaciones anteriores pueden concentrase en torno a dos puntos. En primer lugar, la protección de información confidencial en el proceso no se regula ya en el contexto de una actividad procesal concreta, la obtención de fuentes de prueba, sino como elemento constitutivo del proceso en su conjunto, que puede ser necesario, además, prolongar tras la finalización del proceso. En segundo lugar, el riesgo para la información confidencial no se advierte solo en la parte contraria a la parte que la proporciona, sino en todos los sujetos que pueden entrar en contacto con ella mediante el proceso. De nuevo, este riesgo no debe ser conjurado solo mientras dure el proceso, sino también después, mientras la información de que se trata siga manteniendo el carácter de confidencial. Por último, el catálogo de medidas de protección ofrecido por la Directiva se configura como un mínimo, de manera que los Estados miembros pueden adoptar más, pero no menos ni con un contenido menor. Las medidas dirigidas a proteger la información confidencial tienen en todo caso que permitir el acceso a tal información de una persona física de la parte contraria, como modo de protección de los derechos a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión.

3.2. Los Reglamentos de procedimiento del TJUE, el TG y el TUP

Es posible que una perspectiva comparatista estricta dictaminara la improcedencia de contemplar estas normas, puesto que tanto en su modo de producción como en su objeto son muy distintas de las que rigen el proceso civil español que constituye el horizonte de este estudio. Sin embargo, creo que su interés radica precisamente en comprobar que, situadas en un contexto muy diferente, manejan instrumentos y objetivos muy similares, permitiendo así calibrar cuánto de general es la necesidad de cuestionarse qué sucede o puede suceder con la información que accede a un proceso, y qué consecuencias tiene sobre lo que en ese proceso se decide que las partes implicadas quieran evitar incorporar a él la información ne-

24. *Vid*. Considerandos (24) y (25), y artículo 9.

cesaria —cuando no directamente el proceso mismo— porque la falta de protección de la confidencialidad les ocasiona daños más graves que prescindir del proceso o que arriesgar su resultado.

3.2.1. *El Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

El Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia (RPTJUE)[25] prevé las restricciones al derecho a un proceso público que son habituales en otras normas y que excluyen a terceros del conocimiento de las actuaciones procesales[26], pero no incorpora una regulación relativa a la preservación de la confidencialidad entre las partes en su propio procedimiento —como consecuencia, fundamentalmente, del tipo de asuntos de que se ocupa este tribunal—, aunque sí la contempla en dos supuestos particulares: ante la solicitud de intervención de un tercero en un recurso directo que se sustancia ante el TJUE, y respecto de los recursos de casación contra sentencias del Tribunal General derivadas de procesos ante este órgano jurisdiccional en los que sí se han adoptado medidas para proteger la información confidencial.

Los artículos 128 a 132 RPTJUE permiten la intervención de un tercero en la tramitación de los recursos directos formulados ante el tribunal. Cuando esta intervención es la prevista en los párrafos primero, segundo o tercero del artículo 40 del Estatuto del TJUE, las partes del recurso directo pueden formular observaciones a la admisión de la intervención, y también pedir que ciertos documentos que consideran secretos o confidenciales sean excluidos de traslado al coadyuvante. A esta solicitud, prevista en el artículo 131 RPTJUE, responderá el tribunal conforme dispone la misma norma. Esta limitación de acceso a actuaciones procesales no interfiere con el derecho a un proceso público, puesto que no afecta ni a los titulares ni a las actuaciones vinculadas a este derecho; en cambio, menoscaba el derecho a un proceso con todas las garantías, puesto que hay un sujeto a quien se le reconoce la posibilidad de sostener una posición procesal pero tiene restringida la contradicción plena, la posibilidad de adaptar su actuación procesal en función del conocimiento de la actuación procesal de los restantes implicados en el proceso.

Por su parte, el artículo 190 bis del RPTJUE prevé que cuando se interponga ante él un recurso de casación contra una decisión del TG que se haya adoptado en un

---

25. El Reglamento es de 25 de septiembre de 2012 modificado posteriormente en 2013, 2016 y 2019. La versión consolidada puede consultarse en la web del TJUE, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/es/

26. Además del acuerdo adoptado para anonimizar las propias resoluciones y al que ya se ha hecho referencia aquí, el artículo 79 regula la posibilidad de que las vistas se celebren a puerta cerrada, con la consiguiente prohibición de publicar los debates; y el artículo 95 dispone el anonimato de las cuestiones prejudiciales que hayan sido anónimamente tratadas en el Estado de origen.

proceso en el que haya habido información o documentos de una de las partes que no se hayan puesto a disposición de la contraria, tampoco lo hará el TJUE en la tramitación para resolución del recurso; dispone también esta norma que la información no comunicada a una de las partes tampoco se divulgará en la sentencia, ni en las conclusiones del abogado general que se hagan públicas. El RPTJUE no concreta las medidas que adoptará el tribunal para proteger la información confidencial, ni siquiera a título de ejemplo o de lista *numerus apertus*; se limita a señalar que el TJUE debe adoptar una decisión formal relativa a esta cuestión, que se publicará en el DOUE.

3.2.2. *El Reglamento de procedimiento del Tribunal General*

A diferencia de lo visto respecto del TJUE, los asuntos que se tramitan ante el TG y las partes que ante él intervienen sí han determinado al legislador europeo a dotar a los procesos ante este tribunal de un régimen de protección de la información confidencial. El artículo 64 del Reglamento de procedimiento del TG (RPTG)[27], incardinado en las disposiciones generales del procedimiento conforme al que se tramitan los recursos directos —que constituyen el instrumento procesal más completo y desarrollado en el RPTG—, se refiere al carácter contradictorio del proceso en unos términos directamente conectados con esta cuestión, al prever que el TG solo tendrá en cuenta los escritos procesales y documentos «que los representantes de las partes hayan podido examinar y sobre los que hayan podido pronunciarse»; como consecuencia, el artículo 65.1 RPTG dispone que los escritos procesales y los documentos unidos a los autos del proceso serán notificados a las partes. Sin embargo, el RPTG contempla varias circunstancias en las que la protección de la confidencialidad impone que informaciones o documentos aportados por una de las partes no sean trasladados a la otra, o lo sean con ciertas limitaciones. Estas circunstancias tienen diferentes contextos y alcances, y son las previstas en los artículos 103 y 105, ambos RPTG, las que dibujan un sistema casi completo y con vocación de generalidad.

El artículo 103 RPTG, bajo la rúbrica «Tratamiento de la información y de los documentos confidenciales», regula un supuesto de acceso a fuentes de prueba dentro del proceso: pedida por una parte como diligencia de prueba la exposición de cierta información o la exhibición de documentos por parte de otra, la parte requerida alega el carácter confidencial de la documentación o información solicitadas. El tratamiento procesal de esta situación determina que el tribunal retenga la información mientras examina la alegación de confidencialidad, de manera que si, efectivamente, el tribunal aprecia la confidencialidad aducida, ponderará por un lado esta circunstancia y, por

27. El Reglamento de procedimiento del Tribunal General es de 4 de marzo de 2015, y ha sido modificado varias veces en 2016 y 2018. Su versión consolidada puede consultarse en https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7040/es/

otro, las exigencias derivadas del principio de contradicción y del derecho a la tutela judicial efectiva y, sobre esa ponderación, adoptará las medidas oportunas, que pueden llegar incluso a excluir completamente el acceso de la parte a los documentos confidenciales, sustituidos por versiones o resúmenes no confidenciales.

El artículo 105 RPTG contempla que sea la parte que inicia el proceso la que alegue la confidencialidad de algunos de los elementos que sustentan su acción, pero solo cuando el fundamento de la confidencialidad reside en que «la comunicación de los mismos perjudicaría a la seguridad de la Unión o de uno o varios de sus Estados miembros o a la gestión de sus relaciones internacionales». En estos casos, la parte actora presentará estos elementos por separado acompañados de las alegaciones que sostienen su carácter confidencial. A partir de aquí, el artículo 105 prevé un tratamiento procesal detallado que se descompone en los siguientes elementos.

— Como sucedía en el supuesto de que el carácter confidencial de la información fuese alegado como consecuencia de una solicitud de exhibición en el marco de una diligencia de prueba, el tribunal no trasladará la información afectada a la parte contraria mientras resuelve sobre su posible confidencialidad.
— Si el tribunal no estima que pueda atribuírsele carácter confidencial a la información aportada como tal, permitirá que la parte actora la retire si no quiere que se dé traslado de ella a la otra parte, pero el fallo no se podrá fundar entonces en la información o en los documentos retirados.
— Si el tribunal considera confidencial la información, ponderará la protección de la seguridad y relaciones internacionales con el principio de contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva para decidir, mediante auto motivado, el contenido de las medidas de protección de la confidencialidad, que pueden consistir en excluir absolutamente el traslado de la información afectada a la parte contraria, y en sustituirlo por resúmenes no confidenciales. Tras el juicio de ponderación realizado y la previsión de medidas de protección, la parte actora podrá todavía retirar del proceso la información o documentos confidenciales, pero entonces el fallo no podrá fundarse en ellos.
— El tribunal puede, si lo estima estrictamente necesario, fundar el fallo en informaciones o documentos que una parte no ha podido conocer completamente a causa de su carácter confidencial, teniendo en cuenta al valorarlos que una de las partes no ha podido manifestarse plenamente sobre ellos; y adoptará medidas para que, ni el fallo ni otras resoluciones procesales, impliquen la divulgación de la información confidencial[28].

28. Esta disposición afecta al derecho a un proceso público, también alcanzado por la necesidad de proteger información confidencial, y cuya restricción está contemplada en términos más generales por el artículo 66 RPTG: «En los documentos concernientes a un asunto a los que el público tenga acceso, el Tribunal General podrá omitir, de oficio o a instancia motivada de parte, presentada mediante escrito separado, el nombre de una de las partes del litigio o el de otras personas mencionadas en el procedimiento, o incluso ciertos datos,

Cuando el carácter confidencial de documentos o informaciones que acceden al proceso, no incorporados por la parte actora sino como consecuencia de una diligencia de prueba formulada por una parte para obtener el acceso a fuentes de prueba en poder de la parte contraria, se funda también en el perjuicio a la seguridad o a las relaciones internacionales de la Unión o de los Estados miembros, la información obtenida no se tratará según las previsiones del artículo 103 RPTG, que es la norma que regula este supuesto, sino conforme dispone el artículo 105. Esta pequeña observación, que se encuentra en el artículo 105.2 RPTG, permite deducir que la *ratio* de todo el tratamiento procesal dispuesto por el artículo 105 no reside en que sea la parte actora la que alega la confidencialidad de los elementos que sustentan su acción —circunstancia que sería muy pertinente regular y que justifica un tratamiento específico, procesalmente hablando— sino en que el fundamento de la confidencialidad pretendida sean las razones de seguridad o gestión de relaciones internacionales a que se refiere la norma.

Además de estas previsiones de tratamiento de la información confidencial que son más extensas, completas y generales, el RPTG contempla la exclusión del traslado de información o documentos entre partes como consecuencia de su naturaleza confidencial en otros tres supuestos específicos, que no desarrolla, y que muy posiblemente necesitarán al ser aplicados el recurso analógico a las disposiciones de los artículos 103 y 105 RPTG. Se trata de los siguientes:

— Si una institución de la Unión deniega el acceso a un documento en el marco de cualquier relación jurídica o procedimiento, los afectados pueden impugnar la legalidad de esta decisión y pedir, como diligencia de prueba, que el documento sea presentado ante el Tribunal General para que éste valore la legitimidad de la decisión de denegar el acceso; pero, conforme al artículo 104 RPTG, el documento no será trasladado a las partes, de modo que el TG decidirá a la vista de un documento que una de las partes no conoce. Se sobreentiende que en la base del rechazo contra el que se procede está el carácter confidencial del documento al que fue denegado el acceso; la cuestión de la confidencialidad es a la vez el propio objeto del proceso, de modo que no se va a resolver hasta la sentencia[29].
— El artículo 68 RPTG prevé la posibilidad de que, de oficio o a instancia de parte, se acumulen asuntos pendientes ante el tribunal que tengan el mismo objeto, y permite que las partes pidan al tribunal que excluya algunos de los elementos incluidos en los autos del traslado a las partes que se incorporan como consecuencia de la acumulación, con base en su carácter confidencial.

---

si existen razones legítimas que justifiquen mantener la confidencialidad en cuanto a la identidad de esas personas o al contenido de esos datos».

29. Un completo ejemplo de un proceso de estas características es el resuelto por la STG de 7 de julio de 2015, T677/13, *Axa Versicherung AG v. Comisión Europea*, ECLI:EU:T:2015:473.

— Los artículos 142 a 145 RPTG regulan la intervención de terceros en los asuntos pendientes ante el TG en términos muy similares a los ya vistos en el RPTJUE aunque, como sucede en otros aspectos, con un desarrollo algo mayor. De nuevo, y ante la solicitud de intervención de un tercero, las partes pueden pretender —y el tribunal acordar— que no le sean trasladados al coadyuvante informaciones o documentos aportados por ellas al proceso, con base en su carácter confidencial.

3.2.3. *El Tribunal Unificado de Patentes y su borrador de Reglamento de procedimiento*

El Tribunal Unificado de Patentes y su Reglamento se encuentran en una situación normativa muy distinta a los tribunales anteriores. El TUP es consecuencia de una cooperación reforzada constituida por varios Estados miembros —entre los que no se cuenta España— en torno a las patentes europeas con efecto unitario, articulada a través de un Acuerdo que todavía no ha entrado en vigor, salvo en lo relativo a algunas disposiciones concretas[30]. En cuanto a su Reglamento de procedimiento, actualmente no es más que un borrador, el decimoctavo, en concreto. El valor del TUP y de su normativa, aunque simbólico, no deja de ser relevante, puesto que se refiere al funcionamiento de un órgano jurisdiccional que va a desempeñar su labor en un ámbito en el que lo habitual será la presencia de información confidencial.

> Aunque no nos detengamos en este punto, hay que hacer notar que también se contienen en el Acuerdo medidas que restringen la cognoscibilidad de las actuaciones procesales por parte de terceros, limitando así el derecho a un proceso público. El artículo 45 prevé la posibilidad de que las vistas orales se celebren a puerta cerrada, y, aunque no existe mención directa de esta cuestión en la regulación de las resoluciones del TUP, el artículo 23 del Estatuto del Tribunal Unificado de Patentes —que forma parte del Acuerdo como Anexo I—, establece, entre las funciones del secretario del tribunal, «publicar las resoluciones del Tribunal, sin perjuicio de la protección de la información confidencial».

El artículo 41 del Acuerdo prevé que el procedimiento ante el TUP se contenga en un Reglamento que debe aprobar el Comité administrativo del tribunal. Pese a ello, los principios y elementos básicos del proceso se encuentran fijados en el Acuerdo y, entre ellos, el artículo 58 dispone que «Para proteger los secretos comerciales,

---

30. *Vid*. el Reglamento 1257/2012 de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente, y el Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes 2013/C175/01. La información básica sobre el TUP que ofrece la UE y los enlaces a los documentos que lo rigen pueden consultarse en https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/unified-patent-court-agreement.html Al borrador de Reglamento del TUP puede accederse a través de https://www.unified-patent-court.org/documents

los datos personales y demás información confidencial de una parte en el procedimiento o de un tercero, o bien para evitar todo abuso de las pruebas, el Tribunal podrá ordenar la restricción o la prohibición de la recopilación y del uso de las pruebas en el procedimiento sustanciado ante él, o que el acceso a dichas pruebas quede restringido a determinadas personas». La protección de los elementos confidenciales se prevé específicamente en los artículos 59 y 60 cuando su incorporación al proceso proviene de una solicitud de la parte contraria o del propio tribunal, o de la adopción de medidas de aseguramiento de prueba.

El borrador de Reglamento de procedimiento diseña para el TUP un sistema peculiar, puesto que conforme a su artículo 262 todas las actuaciones del proceso y toda la información incorporada a él estarán disponibles para terceros —no solo, pues, las que estrictamente permiten cumplir con las exigencias del derecho a un proceso público *ex* artículo 6 CEDH— a través del registro del tribunal, salvo que una parte alegue y acredite razones de confidencialidad que determinen la exclusión de algunos elementos. Por si esta radical tendencia a la publicidad —que prácticamente no excluye nada, salvo los escritos preventivos (*protective letters*) regulados en el artículo 207 y los detalles de los acuerdos transaccionales que alcancen las partes y que sean homologados por el tribunal— no fuese suficiente, la misma norma del borrador de Reglamento advierte de que, acordada la confidencialidad de ciertos aspectos de un proceso —y teniendo en cuenta que los elementos escritos a los que la confidencialidad afecte deben ser sustituidos por otros que no supongan riesgo para la información confidencial aportados por la parte a cuyo requerimiento se han retirado los originales—, cualquier tercero puede instar del tribunal que se pongan en su conocimiento, aunque sustraídos al conocimiento general, los elementos que han sido declarados confidenciales, indicando las razones por las que no debe aplicársele la confidencialidad y el uso que pretende dar a la información obtenida. El artículo 262 del borrador de Reglamento prevé que el tribunal accederá a la solicitud, salvo que la parte concernida le proporcione argumentos con mayor peso que los alegados por el solicitante.

El borrador de Reglamento contempla la protección de información confidencial en contextos y a través de medios ya previstos en otras normas: se atiende específicamente a la protección de los elementos confidenciales que resulten de una petición de información o exhibición de documentos, de una diligencia de aseguramiento de prueba o de una orden de inspección de determinados bienes o productos; o que puedan verse afectados por la petición de intervención de un tercero en el proceso. Respecto de las medidas de protección, el borrador de Reglamento no ofrece catálogo específico, sino que se sirve de una fórmula genérica que alude a limitar el acceso a la información a determinadas personas que se encuentren identificadas y que estén sujetas a condiciones adecuadas de no divulgación de la información que han conocido.

3.3. Las propuestas de normas reguladoras del proceso civil

Como es sabido, la legislación europea está dirigida a crear las condiciones necesarias para favorecer el cumplimiento de los objetivos de la Unión —fundamentalmente la libre circulación de personas y de bienes en un espacio de libertad, seguridad y justicia— allí donde las legislaciones nacionales de manera independiente no alcanzan a hacerlo. El ámbito del proceso civil está sembrado de normas que regulan aspectos diversos o que incluso crean procesos comunes para ciertos asuntos transfronterizos; normas, que, a su vez, despliegan un cierto efecto armonizador en sus legislaciones procesales internas, puesto que importan instituciones, soluciones, perspectivas y posibilidades que se incorporan a los procesos civiles de los Estados miembros, acercándolos entre sí. Por añadidura, existe en los últimos años un movimiento que alcanza a las instituciones europeas y también a la doctrina procesal, que considera cuando menos conveniente explorar las posibilidades de aproximar algunos extremos de la justicia civil de los Estados miembros; se observa que las diferencias existentes entre los procesos civiles nacionales se erigen en un obstáculo para la confianza y, por tanto, para la movilidad, y se plantea la necesidad de invitar a los Estados miembros a adoptar algunos elementos que, al ser comunes y encontrarse en todas las legislaciones procesales, faciliten la seguridad y la confianza de los ciudadanos ante un posible litigio civil en un Estado miembro que no es el suyo de origen[31].

3.3.1. *La propuesta de Directiva de normas m**ínimas***

La primera de las propuestas dirigidas a armonizar el proceso civil en su conjunto se contiene en la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea[32]. Las normas mínimas contemplan la protección de información confidencial de manera muy escueta, que no pasa de una breve mención en el artículo 10, relativo a la práctica de la prueba: «Los Estados miembros velarán por la disponibilidad de medios eficaces para presentar, obtener y conservar las pruebas teniendo en cuenta los derechos de defensa y la necesidad de proteger la información confidencial». Pese a esta parquedad, hay que destacar que, con las Normas Mínimas, la protección de la información confidencial da un paso significativo, el de ser contemplada en la regulación general de un proceso civil ordinario, y no, como actualmente sucede en las normas europeas de Derecho positivo, a modo de especialidad o particularidad de determinados procesos civiles que versan sobre derechos o intereses específicos.

---

31. La dicotomía entre coordinación y armonización, y la evolución de la legislación procesal civil europea en los últimos años dentro de este marco, está clara y brevemente explicada en Gascon Inchausti y Hess, 2020, págs. 1 a 5.

32. Sobre el contexto, trabajos preparatorios y contenido de esta Resolución *vid*. González García 2019.

3.3.2. *Las European Rules of Civil Procedure*

Mucho más amplia y completa en todos los aspectos y también en el que aquí interesa es la segunda propuesta de regulación del proceso civil que existe hoy en la UE, las *European Rules of Civil Procedure*, formuladas por ELI y UNIDROIT en 2020[33]. Estas entidades se proponen diseñar un modelo de proceso civil enraizado en la tradición jurídica continental y que pueda a su vez inspirar tanto al legislador europeo como a los legisladores nacionales en los movimientos de desarrollo y actualización de sus procesos civiles, con el objetivo de que la existencia de elementos comunes en ellos facilite la confianza de los ciudadanos y el tráfico jurídico y económico. Las *European Rules* comparten, pues, finalidad, con las Normas Mínimas, aunque las *Rules* no están estrictamente vinculadas a la Unión Europea, puesto que ELI y UNIDROIT no son organismos de la Unión, sino entidades independientes cuyo ámbito físico de influencia excede la Unión Europea.

a) Publicidad de las actuaciones y derecho a un proceso público en las European Rules

Entre los principios que deben regir el proceso civil conforme a las *Rules*, el artículo 17 sitúa la publicidad. La regulación que se hace de este principio es la que lo vincula con el derecho a un proceso público: las audiencias y las resoluciones judiciales serán públicas, aunque la publicidad de unas y otras puede verse limitada «por motivos de orden público, como la seguridad nacional, la intimidad personal, el secreto profesional, incluida la confidencialidad empresarial, o en interés de la propia administración de justicia»[34].

Ya se dijo[35] que la protección de información confidencial implica también restricciones al derecho a un proceso público, y no solo al derecho a un proceso con todas las garantías, pero ninguna norma positiva lo menciona, respecto de las audiencias públicas, con la claridad de este artículo 17.2. Sí es más frecuente encontrar la protección de información confidencial expresamente prevista como límite al derecho a un proceso público en lo que se refiere a la publicación de la sentencia, como recoge también esta norma en su apartado tercero. El artículo 17.2 de las *Rules* es también novedoso en otro punto, en la habilitación expresa al tribunal para que acuerde las

---

33. A las *European Rules* se puede acceder a través de las webs de ELI (https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf) y UNIDROIT (https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/English-integral.pdf). La web de UNIDROIT ofrece además una versión en español de las reglas, aunque solo de ellas y no de los extensos y útiles comentarios que acompañan a la versión en inglés. Sobre ellas *vid*. Gascón Inchausti 2021, págs. 277-297.

34. Las referencias al texto articulado se harán sobre la traducción oficial al español. Las referencias a los Comentarios sobre la versión extendida se basan en la traducción libre del inglés en el que los Comentarios están escritos.

35. *Vid*. *supra* epígrafe 2.2.

medidas que estime necesarias para proteger la confidencialidad de las audiencias celebradas a puerta cerrada. En el punto 4 del Comentario a este artículo, las *Rules* señalan que el tribunal puede ordenar que todos los presentes mantengan secreto sobre lo que se estime confidencial, bajo amenaza de sanciones gubernativas, penales si está previsto en la legislación nacional, o de responsabilidad por daños. El Comentario se refiere también a la posibilidad de acordar medidas que impliquen además una limitación del acceso de las partes a la información confidencial, circunstancia que no determina ya una restricción del derecho a un proceso público, sino del derecho a un proceso con todas las garantías o, como el propio Comentario señala, del derecho fundamental de las partes a ser oídas.

> Las *Rules* incorporan una previsión específica para unos procedimientos denominados «solicitud conjunta» y relacionados con asuntos en los que las partes alcanzan algunos acuerdos pero discrepan en elementos que les impiden resolver el conflicto por completo. Conforme al artículo 58, «Siempre que las normas procesales sean disponibles, las partes podrán convenir cualquier aspecto del proceso, como el tribunal competente, las medidas cautelares y la publicidad de las audiencias, siendo de aplicación a tal fin lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 26». No parece fácil considerar disponible la norma relativa a la publicidad de las audiencias, teniendo en cuenta que el derecho a un proceso público consta de una dimensión objetiva de la que no son titulares las partes del proceso sino el conjunto de los ciudadanos, y que permite que la sociedad controle y valore el ejercicio de la función jurisdiccional. El Comentario que acompaña a esta norma otorga un amplio margen de discreción al tribunal sobre la aplicabilidad o no del acuerdo entre las partes en las distintas cuestiones procesales a las que el artículo 58 se refiere.

b) Protección de información confidencial y derecho a un proceso con todas las garantías en las European Rules

El modo primario de protección de la información confidencial en el proceso civil que adoptan las *Rules* es el más directo y sencillo, puesto que consiste en permitir que sea excluida del proceso. Así, el artículo 25, que forma parte de la sección que las *European Rules* dedican a los principios del proceso y que enuncia la regla general sobre prueba, establece en su párrafo segundo que «Cada parte tendrá, en principio, derecho a acceder a todos los medios de prueba que sean relevantes, se encuentren suficientemente identificados y no tengan carácter confidencial». Los artículos 91, 100 y 101, dedicados a las inmunidades y privilegios probatorios el primero y al acceso a las fuentes de prueba los segundos, confirman esta primera impresión. Así:

— Toda persona que intervenga en el proceso para proporcionar información o aportar pruebas u otros datos podrá acogerse a las reglas de protección de la confidencialidad (artículo 91.1).

— En concreto, las pruebas no pueden obtenerse vulnerando la confidencialidad, el secreto empresarial o intereses similares [artículo 91.2 c)].
— El tribunal tendrá en cuenta la concurrencia de confidencialidad para decidir si extrae conclusiones adversas o impone sanciones sobre quien incumpla el deber de aportar documentos o información al proceso, sea parte o tercero (artículo 91.3 y 4).
— El acceso a fuentes de prueba se regula respecto de «todo tipo de pruebas pertinentes y que no estén protegidas por confidencialidad o secreto profesional» [artículo 100 a)].
— Cualquier actor o demandado puede solicitar del tribunal el acceso a fuentes de prueba pertinentes y no confidenciales que estén en poder de otras partes o de terceros (artículo 101.1).

Los Comentarios a estas normas refuerzan su contenido. Así, el Comentario relativo al artículo 91.2 c) indica que los privilegios o inmunidades probatorias se fundan en la existencia de intereses cuya protección tiene un peso mayor que el interés en que accedan al proceso las evidencias más adecuadas para averiguar la verdad; son, no obstante, los ordenamientos nacionales los que definen la propia existencia de los privilegios y su ámbito de aplicación[36]. En la misma línea se sitúan los Comentarios relativos a las normas que establecen el régimen de acceso a fuentes de prueba. Las *Rules* pretenden que el proceso civil ofrezca a las partes un sistema eficaz de acceso a la información que necesitan para hacer prosperar sus pretensiones, que evite a la vez los excesos del *discovery* norteamericano. La diferencia fundamental entre ambos radica en que el *disclosure* que exigen las normas de acceso a fuentes de prueba previsto en las *Rules* es, a diferencia del sistema de *discovery*, no pre-procesal sino procesal, y se ciñe, por tanto, a unas pretensiones ya formuladas y a lo que pueda ser pertinente y útil respecto de ellas, de modo que el terreno que se dibuja para acceder a información en poder de la otra parte es mucho más acotado que el ofrecido por los sistemas de *discovery*. Aun así, las *Rules* son conscientes de que también las normas de acceso a fuentes de prueba pueden hacer posible el abuso procesal y el fraude de ley, franqueando el acceso a información confidencial que sirva a finalidades distintas de las estrictamente procesales, de modo que se insiste, no solo en un sistema de *disclosure* procesal y no previo, sino también en que el *disclosure* no alcanza a la información que pueda calificarse de confidencial. Los Comentarios a algunas de las normas mencionadas, evidencian, no obstante, que, pese a esta regla general de protección de la confidencialidad tan constantemente afirmada, las *Rules* abren un espacio para el acceso de la información confidencial al proceso civil. Así, en el apartado 4 del Comen-

36. *Vid*. *supra* epígrafe 1. Las *Rules* sitúan un elemento de contención frente al fenómeno de huida del proceso civil, previendo la posibilidad de que se otorgue a la protección de la información confidencial de las partes un nivel de consideración incluso mayor del que merece dotar al tribunal del proceso civil de las mejores herramientas para decidir con el máximo de conocimiento posible el ligio suscitado ante él.

tario al artículo 25 se afirma que, con un criterio de razonabilidad, es posible distinguir las proscritas *fishing expeditions* de las peticiones de acceso a fuentes de prueba que sean realmente adecuadas, atendiendo tanto a su relevancia para el proceso como a la exigencia de que estén suficientemente identificados las informaciones o los documentos sobre los que se proyecte la petición de acceso, «que pueden ser, en parte, objeto de inspección privada y confidencial».

Y, efectivamente, el artículo 103 regula el tratamiento de la información confidencial. En el diseño de las *Rules* visto hasta ahora, las partes no tienen un derecho nítido, incondicionado u objetivo a acceder a información de carácter confidencial para servirse de ella en el proceso y, por tanto, tampoco pueden ser obligadas a facilitarla; salvo que, en términos del artículo 103.2, el tribunal «lo considerase necesario en función de las circunstancias». En estos casos, el tribunal tiene que manejar dos elementos necesariamente, la aplicación de medidas de protección de la información confidencial y la imposición de sanciones frente al posible quebrantamiento de la protección.

— La adopción de medidas es imperativa —una o varias—; el artículo 103.2 ofrece al tribunal una lista que el Comentario a esta norma configura como un *numerus apertus*: suprimir pasajes sensibles en documentos; celebrar audiencias a puerta cerrada; limitar las personas a las que se autoriza el acceso a la prueba; encargar a peritos la elaboración de resúmenes en forma agregada o en cualquier otra forma no confidencial; redactar versiones no confidenciales de resoluciones judiciales que contengan datos confidenciales; y limitar el acceso a la fuente de prueba a los representantes y abogados de las partes o a peritos sujetos a obligación de confidencialidad.
— A instancia de parte la infracción del deber de confidencialidad será sancionada de manera proporcionada con una de las medidas previstas en el artículo 104.1, esta vez sí y como no puede ser de otro modo, mediante lista cerrada: la desestimación total o parcial de la acción ejercitada o de las excepciones opuestas; la declaración de la responsabilidad del infractor por los daños y perjuicios causados y la condena a su pago; la condena del infractor al pago de las costas del proceso principal; y la imposición al infractor o a sus representantes de una multa de cuantía proporcionada al incumplimiento.

> El Comentario al artículo 104 añade dos datos de importancia. Uno, que la aplicación de esta norma no prejuzga la posible responsabilidad penal en la que incurra quien quebrante la confidencialidad; y, dos, que la sanción consistente en la desestimación de las pretensiones procesales de la parte infractora, necesaria porque en ocasiones las medidas de carácter económico no son suficientemente disuasorias, debe reservarse para los casos más graves de incumplimiento del deber de confidencialidad.

3.4. Otras normas y situaciones periféricas

El proceso civil no es, en cualquier caso, el primer ámbito en el que las instituciones europeas se plantean el problema de la protección de la información confidencial. Por un lado, el artículo 15 TFUE reconoce el derecho de los ciudadanos de la Unión a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la UE, derecho desarrollado por el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión; sin embargo, el artículo 4 de esta norma prevé una serie de excepciones a este derecho, fundadas todas ellas en cierto modo en la protección de información confidencial.

El artículo 4 establece tres grupos diferentes de situaciones que permiten que las instituciones rechacen la petición de acceso a documentos formulada por ciudadanos. La primera de ellas permite denegar el acceso a los documentos cuya divulgación perjudique, bien al interés público relativo a la seguridad pública, a la defensa y asuntos militares, a las relaciones internacionales o a la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro, bien a la intimidad e integridad de las personas. Para este primer grupo de circunstancias la denegación del acceso se configura como absoluta. El segundo grupo de circunstancias que permiten impedir el acceso a los documentos de las instituciones europeas también se funda en que la divulgación del documento suponga un perjuicio para determinados intereses, a saber: los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual; los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico; y el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría. La protección de estos intereses, sin embargo, ya no se configura como absoluta, puesto que el Reglamento permite el acceso a documentos que se encuentren en estas situaciones siempre que «su divulgación revista un interés público superior». Por último, las instituciones podrán denegar el acceso a documentos elaborados o recibidos por ellas y relativos a asuntos pendientes de decisión, si su divulgación perjudicara gravemente el proceso para decidir; y también a documentos generados en el marco de deliberaciones o consultas previas si, incluso después de adoptada la decisión, la divulgación del documento pudiera perjudicar gravemente el proceso de toma de decisiones. En ambos casos, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior.

> Leído *a contrario*, el artículo 4 del Reglamento 1049/2001 es la piedra angular de un estudio que es imprescindible abordar aunque este no sea el lugar oportuno para ello, qué debe entenderse por información confidencial: qué factores, en qué extensión y con qué excepciones son susceptibles de protección cuando saltan a un plano que implica publicidad, como sucede con el proceso civil.

Por otro lado, los procedimientos administrativos ante la Comisión que se suceden en materia de aplicación de las normas sobre competencia o de operaciones de concentración, entre otras, incorporan medidas de salvaguarda de la confidencialidad de informaciones, datos o documentos que, además, también es protegida en la multitud de normas sustantivas de la Unión que se aplican en estos procedimientos. Las resoluciones de los tribunales europeos recaídas como consecuencia de la impugnación de las sanciones impuestas en estos procedimientos administrativos, permiten observar que la información confidencial se protege en ellos con rigor, de modo que son frecuentes incluso las medidas que impiden que las partes tengan total conocimiento de lo que las contrarias presentan ante la Comisión con alegación de confidencialidad, como la elaboración de resúmenes no confidenciales de documentos confidenciales.

La mayoría de los problemas propios del tratamiento de la información confidencial que es necesario plantearse respecto del proceso civil han sido ya abordados en este ámbito. La STPI *General Electric Company v. Comisión*[37] afirma que, pese al derecho de las partes a conocer el expediente que ha formado la Comisión en el procedimiento sancionador, el acceso a determinados documentos puede ser rechazado si estos contienen secretos comerciales de otras partes, se trata de documentos internos de la Comisión, incorporan información revelada a la Comisión bajo la condición de mantener su confidencialidad o identifican a sujetos que quieren permanecer anónimos. En la ponderación que se hace entre el derecho de defensa y el de protección de la información confidencial, el TPI estima que no hay vulneración del derecho de defensa si la resolución de la Comisión no se funda en aspectos que las partes no hayan podido conocer y que hubieran cambiado el curso del proceso y el sentido de la decisión de haber tenido las partes acceso pleno a ellos. La STPI *Bank Austria v. Comisión*[38] precisa el trato que debe dársele a la información confidencial en función de su origen (secretos comerciales, secreto profesional), y distingue los problemas y consecuencias de la divulgación entre partes de los propios de la divulgación entre el público como consecuencia de la difusión de la resolución con la que el procedimiento finaliza. Por esta vía continúa y profundiza la STG *Akzo Nobel NV y otros v. Comisión*[39], que por un lado recapitula los requisitos necesarios para que una información se considere secreto profesional (conocida solo por un número limitado de personas; capaz de ocasionar con su divulgación un perjuicio serio a quien la haya facilitado o a terceros; intereses implicados objetivamente dignos de protección) y, por otro, establece que el derecho a ser oído de quienes son parte en un procedimiento (expedientes administrativos en este caso) no es equivalente al derecho del público a conocer los actos jurídicos

37. STPI de 14 de diciembre de 2005, T-210/01, *General Electric Company v. Comisión* ECLI:EU:T:2005:456

38. STPI de 30 de mayo de 2006, T-198/03, *Bank Austria v. Comisión*, ECLI:EU:T:2006:136.

39. STG de 28 de enero de 2015, T345/12, *Akzo Nobel NV y otros v. Comisión*. ECLI:EU:T:2015:50

de la UE y a una actuación transparente de las instituciones, sino que merece una consideración mayor, de manera que la protección de la información confidencial frente a unos y otros sujetos no tiene por qué estar sometida al mismo estándar.

Sobre la relación entre proceso civil e información confidencial inciden también unas cuantas Directivas relacionadas con el acceso a la información propia de entidades de crédito, mercados de instrumentos financieros u organismos de inversión[40]. Todas estas normas regulan la confidencialidad de la información que sobre ciertas entidades reciben las autoridades de supervisión competentes, que son tratadas como secreto profesional y que solo puede ser desvelada de forma sumaria o agregada, de manera que no sea posible identificar en concreto a la entidad afectada por la información. Sin embargo, todas las Directivas mencionadas formulan una excepción a esta regla de confidencialidad, que en líneas generales dispone que cuando la entidad de que se trate se haya declarado en quiebra o se encuentre en liquidación forzosa dispuesta por un tribunal, las informaciones confidenciales que no se refieran a terceras partes implicadas en intentos de rescate de la entidad podrán ser desveladas en el marco de procedimientos civiles o mercantiles. No se trata de normas que contemplen el modo en que la información confidencial se trata en el proceso civil, pero sí de normas que permiten advertir hasta qué punto se considera importante en el ámbito europeo que los derechos e intereses que entran en contacto con información de naturaleza confidencial no queden sin más desprotegidos, estableciéndose un sistema de contrapesos y ponderaciones que permita equilibrar la salvaguarda de la confidencialidad con la de los derechos e intereses con los que entra en conflicto.

> Sobre una de estas normas, el artículo 53 de la Directiva 2013/36/UE, está planteada actualmente una cuestión prejudicial respecto de la que ya han sido emitidas las Conclusiones del abogado general. En lo que aquí interesa, la cuestión prejudicial formulada se pregunta sobre la necesidad de que los procesos civiles y mercantiles a que se refiere la excepción que permitiría el acceso a la información confidencial estén iniciados cuando tal información se requiere, puesto que la expresión literal de la norma se refiere a que la información podrá desvelarse «en el marco de procedimientos civiles o mercantiles». Las Conclusiones propugnan, con una gran panoplia de argumentos de toda naturaleza, una interpretación de la norma en el sentido de que no es necesario, para acceder a la información confidencial, que exista un proceso civil ya iniciado, pero sí «una situación en la que una persona solicita, en virtud de las normas nacionales sobre acceso a documen-

40. Entre otras, las Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (versión refundida); Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE; Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (refundición).

> tos, tener acceso a los documentos relativos a la supervisión de una entidad de crédito con el fin de valorar la posibilidad de ejercitar contra la autoridad de control competente una acción de indemnización por los daños y perjuicios que alega haber sufrido como consecuencia de la quiebra o liquidación de dicha entidad de crédito». Claro que, de consolidarse este criterio, su efectividad dependería de que las legislaciones nacionales tuviesen normas de acceso a documentos, y de que, además, no estuviesen limitadas a determinados procesos u objetos procesales o éstos comprendiesen los daños sufridos como consecuencia de la quiebra o liquidación de una entidad de crédito.

3.5. Conclusión. Patrones europeos de protección de la información confidencial

Del conjunto de los instrumentos examinados pueden deducirse una serie de elementos comunes, que dibujan un modelo de tratamiento de la información confidencial en el proceso civil.

El primer patrón que es posible deducir de todo lo observado en este epígrafe es, precisamente, la preocupación por la protección de la información confidencial en el proceso civil. Tanto las normas sectoriales y relativas a procesos en los que puede ser necesario incorporar información confidencial como las normas o propuestas que contemplan la regulación de un proceso civil ordinario, no específicamente denotado por el carácter confidencial de los elementos que constituyen su objeto, observan esta necesidad, que va creciendo en el detalle en el que es contemplada y regulada a medida que las distintas normas, propuestas o proyectos van sucediéndose en el tiempo.

El segundo criterio común es que la protección de información confidencial se regula respecto del acceso a las fuentes de prueba; no únicamente, hay instrumentos que la contemplan de un modo más amplio, en el marco general de la prueba o respecto del proceso en su conjunto. Pero la preocupación transversal del legislador europeo —y por eso sirve de modelo o patrón—, la que aparece en todos los instrumentos y no solo en algunos, es que, con ocasión del acceso a las fuentes de prueba o tomándolo como pretexto, las partes puedan sufrir daños derivados de la divulgación de la información que se vierte en el proceso a petición de la parte contraria.

> La Directiva de protección del secreto comercial, el RPTJUE y el RPTG rebasan el ámbito de la prueba, y sitúan la protección de información confidencial en el contexto del conjunto del proceso, alcanzando por tanto también a las alegaciones de las partes y a diversos incidentes procesales. En cuanto al marco general de la prueba, el reciente Reglamento 2020/1783, de 25 de noviembre, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas),

> señala en sus Considerandos (30) y (31) la importancia de contar con un régimen de obtención, conservación y presentación de pruebas que tenga en cuenta la necesidad de proteger la información confidencial. Sin embargo, en su articulado se limita a prever que los tribunales requeridos garantizarán la confidencialidad de la información que obtengan y transmitan (artículo 30.4), un tratamiento muy escueto y que además no es exactamente lo mismo que proteger la información que tenga naturaleza confidencial.

Como patrón común también, y este sería el tercer elemento modelo que se desprende de la normativa europea, es posible identificar la incorporación de un catálogo de medidas para la protección de la información confidencial. Las posibilidades ofrecidas por los distintos instrumentos coinciden en lo sustancial, aunque hay diferencias. Las medidas más comunes consisten en disociar los pasajes sensibles en los documentos, restringir las personas que pueden examinar la información y encargar a expertos la redacción de resúmenes en forma no confidencial. El RPTG contempla una posibilidad que no se encuentra en otras normas, pero que puede ser idónea en algunos casos, permitir el acceso a la información confidencial estableciendo compromisos específicos de no divulgación.

> La Directiva de propiedad intelectual e industrial, que es la primera y más escueta, no contiene referencia a medidas concretas. La Directiva de daños derivados de infracciones de la competencia sí incorpora un pequeño catálogo, pero en los considerandos y no en el articulado.

Por otra parte, y como ya se ha visto a lo largo de todo el epígrafe, los instrumentos considerados también incluyen medidas como restringir o impedir el acceso a las vistas, anonimizar las resoluciones judiciales y eliminar la información confidencial de ellas; estas actuaciones, sin embargo, no excluyen el conocimiento de las partes procesales sino de terceros y no están, pues, relacionadas con el derecho a un proceso con todas las garantías, sino con el derecho a un proceso público.

Por último, es un factor común a muchos de los instrumentos examinados la previsión de sanciones por el incumplimiento de la obligación de proteger información confidencial y por el uso abusivo de la información obtenida[41]. Todos los instrumentos incorporan sanciones de carácter económico, pero muchos de ellos contemplan además sanciones de naturaleza procesal.

> Entre las procesales, la posibilidad de extraer conclusiones adversas a las pretensiones de la parte infractora. Entre las económicas, la condena en costas, la imposición de multas o la condena a la indemnización de los daños causados.

41. Los RPTJUE y RPTG no contemplan la imposición de sanciones.

Desde la perspectiva contraria, hay tres aspectos importantes en cuanto a la protección de información confidencial en el proceso civil que aparecen en los instrumentos sobre los que se ha trabajado con perfiles diferentes, que no permiten extraer un criterio común.

Ya se ha hecho referencia al primero de ellos, que radica en considerar la protección de información confidencial como un instrumento específico de actuaciones procesales concretas, como el acceso a fuentes de prueba u otras, o como un mecanismo extensible al conjunto del proceso civil.

En segundo lugar, es diferente el nivel de cautela con el que los distintos instrumentos se aproximan al acceso de información confidencial al proceso civil y, por tanto, a la probabilidad de tener que hacer uso de medidas de protección. El extremo más permisivo está representado por la Directiva de propiedad industrial e intelectual y por el RPTUP. La primera establece en su Considerando 18 que «Aunque en las acciones por daños se debería disponer en principio de aquellas pruebas relevantes que contengan secretos comerciales o cualquier otra información confidencial, conviene proteger dicha información de manera adecuada»; el segundo, como ya se ha visto, se funda en un criterio general de publicidad de la información en el que la confidencialidad se plantea solo de manera muy excepcional y restrictiva. El extremo más refractario a que en el proceso civil se Introduzca información confidencial está representado por las *European Rules*, que someten a un control judicial estricto las peticiones de acceso a fuentes de prueba que afectan a este tipo de información.

Por último, también difieren los distintos instrumentos en la posibilidad de que las medidas de protección de la confidencialidad sean adoptadas de oficio por los tribunales, y no únicamente a instancia de parte, como es la regla general en procesos regidos por el principio dispositivo.

4. Proceso civil y protección de la información confidencial. Estado actual

La regulación relativa a la protección de información confidencial que se contiene tanto en la LEC como en otras normas que incorporan disposiciones procesales especiales es el resultado de la influencia europea, más que de nuestra tradición procesal interna o de una particular preocupación del legislador en este punto.

> Muy probablemente el legislador español recibe también en este punto un cierto influjo de la legislación y de la práctica arbitrales en las que, a diferencia de lo que sucede en el proceso, la regla general es la privacidad. Este trabajo, centrado en las normas europeas, no explora esta fuente de inspiración, pero eso no excluye ni su realidad ni la atención de que debe ser objeto.

En lo que se refiere a la LEC, la protección de la información confidencial que accede al proceso está prevista en tres ámbitos: diligencias preliminares relativas a procesos seguidos por infracciones de los derechos de propiedad industrial e intelectual, exhibición de documentos en estos mismos procesos y medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos seguidos por daños derivados de infracciones de competencia que afecten a información confidencial. Como fácilmente se deduce, el tratamiento de información confidencial en actuaciones procesales relativas a diligencias preliminares y exhibición de documentos en los procesos mencionados es consecuencia de la Directiva 2004/48/CE[42], mientras que la vigente regulación del acceso a fuentes de prueba está directamente relacionada con la Directiva 2014/104/UE[43]. Al margen de la LEC, contienen disposiciones relativas al tratamiento de la información confidencial en el proceso civil la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, y la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales —instrumento mediante el que ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento la Directiva 2016/943[44]—, cada una de ellas en el ámbito de aplicación que les es propio.

Formalmente, nuestro proceso civil cumple con los mínimos europeos en materia de protección de la información confidencial, puesto que ha incorporado las previsiones contenidas en las Directivas y, al menos respecto de los objetos procesales más sensibles, cumple con los elementos que modo más común y general se observan en el conjunto de instrumentos europeos[45]. No nos encontramos, pues, en una posición inadecuada en esta materia, pero tampoco plenamente satisfactoria, bajo mi punto de vista, por dos razones. La primera de ellas es más genérica: en cierto modo, el legislador español ha incorporado la letra que se le indica desde las instituciones europeas, pero le falta la melodía que la envuelve; sigue estrictamente la literalidad, y como consecuencia, las normas y reformas mencionadas arrojan eso, una suma de literalidades que se encuentra un poco carente de espíritu, de armonía, de visión de conjunto y de futuro. La segunda razón que impide una conformidad completa con el tratamiento de la información confidencial en el proceso civil se refiere al déficit procesal de —casi todas— las regulaciones incorporadas a nuestro sistema jurídico en este ámbito: está hecho el planteamiento,

---

42. La ya mencionada Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, introducida en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

43. Directiva 2014/104/UE, 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, también mencionada ya y traspuesta 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.

44. Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

45. *Vid*. *supra* epígrafe 3.5.

están dibujadas las líneas generales, sentados los elementos propios de la protección de información confidencial en el proceso civil. Pero falta el diseño del conjunto de actuaciones concretas del tribunal y de las partes que finalmente une la voluntad genérica del legislador con su aplicación práctica y que permite que el sistema resulte eficaz, homogéneo y no generador de desigualdades. Veamos un poco más despacio estas dos carencias.

4.1. Carencia de sistema general

El legislador español ha sido poco ambicioso. La protección de la información confidencial que pueda verse involucrada en un proceso civil es una necesidad cada vez más patente, que no se percibe solo en las tendencias legislativas europeas sino muy particularmente en los fenómenos de huida del proceso civil ya señalados y, con carácter más amplio, en la extensión del ámbito de lo íntimo y, por lo tanto, de lo confidencial, que se va produciendo en muchos niveles. Es cierto que el legislador europeo la limita, por el momento, a ciertos ámbitos; pero, por un lado, el legislador europeo tiene su papel, sus objetivos y sus condicionantes en cuanto a su actuación, que no coinciden con los del legislador interno; y, por otro, eso no impide advertir que se trata de una línea que se va desbordando, que cada vez suma más espacios, que ha informado varias modificaciones de la LEC en un tiempo relativamente corto… Pese a ello, legislador español se limita a lo que es estrictamente indispensable, con dos consecuencias insatisfactorias. Por un lado, nuestro código procesal civil solo contempla el tratamiento de la información confidencial respecto de un número limitadísimo de procesos comparado con el conjunto: propiedad intelectual, propiedad industrial y daños derivados de la infracción de normas de defensa de la competencia. Y, por otro, como no existe planteamiento ni criterio generales sobre estas cuestiones, se ha ido legislando de manera sucesiva y estanca sobre las materias afectadas por la legislación de la UE, de modo que hay normas sobre tratamiento de la información confidencial en la LEC y fuera de la LEC, y además esas normas no coinciden exactamente entre ellas, porque la evolución que se va produciendo en las normas europeas se incorpora a las reformas legislativas internas siguientes en el tiempo, pero no a las anteriores; cuando, como se verá, no hay diferencias significativas en el modo razonable de abordar el tratamiento de la información confidencial en el proceso civil, independientemente de cuál sea su objeto o el momento procesal en el que esta necesidad se plantea.

> Esta falta de visión y de profundidad no se produce solo en lo que se refiere al tratamiento procesal de la información confidencial, sino en otros ámbitos que también son necesarios si se pretende contar con un proceso civil moderno, versátil y eficaz, como ha sucedido recientemente con ocasión de la trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva de daños derivados de infracciones de la

competencia. La Comisión General de Codificación elaboró una propuesta que incorporaba a la LEC un sistema de acceso a fuentes de prueba —con las correspondientes disposiciones de protección de la información confidencial— aplicable a cualquier proceso civil y con un desarrollo procesal completo y muy razonable. Sin embargo, el legislador optó finalmente por introducir una regulación más escueta y limitada únicamente a los procesos en los que se reclamasen daños derivados de estas infracciones, como si en el resto de los procesos civiles no fuese necesario contar con sistemas de acceso a fuentes de prueba y de protección de la información confidencial[46].

4.1.1. *Tratamiento procesal de la información confidencial en la LEC*

La LEC contempla dos niveles distintos de tratamiento de la información confidencial, absolutamente estancos: se refieren a objetos procesales distintos, a actuaciones procesales distintas y tienen un alcance completamente distinto.

a) Diligencias preliminares y solicitudes de exhibición documental en procesos para la protección de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial

El primero de los niveles de protección que la LEC dispensa a la información confidencial se establece respecto de las diligencias preliminares y de las solicitudes de exhibición documental entre partes que se producen en los procesos para la protección de la propiedad industrial e intelectual. Solo sobre estas actuaciones procesales y solo en estos procesos. El artículo 259 LEC, relativo a la práctica de las diligencias preliminares, prevé en su apartado tercero que la diligencia del número 7 del artículo 256.1 LEC —específica de procesos para la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial— puede practicarse a puerta cerrada para proteger la confidencialidad; y su apartado cuarto, prohíbe la divulgación de la información obtenida a través de las diligencias de los números 7, 8, 9 y 10 del artículo 256.1 LEC —también propias de los procesos relativos a propiedad intelectual e industrial— añadiendo que «a instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial». Celebrar actuaciones procesales que tienen lugar en audiencias públicas a puerta cerrada implica una restricción del derecho a un proceso público, pero no afecta al derecho de las partes a un proceso con todas las garantías. Y, como ya se ha visto,

---

46. Propuesta de Ley de la Sección Especial para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo 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, consultable en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803763-Propuesta_de_Ley_de_la_Seccion_Especial_para_la_Trasposicion_de_la_Directiva_2014_104_UE__del_Parla.PDF

tampoco sufre merma este derecho por la prohibición de comunicar a terceros datos obtenidos a través del proceso, ni por atribuir a las actuaciones el carácter de reservadas, es decir, de cognoscibles solo para las partes y no para terceros que acrediten un interés legítimo conforme a las previsiones generales de la LEC y la LOPJ[47]. La novedad de esta norma reside, pues, en añadir una causa más, la de ser confidencial la información, a las circunstancias que permiten excluir a terceros del conocimiento de la información que se vierte en el proceso, ya sea a cualquier tercero de las actuaciones que son públicas por naturaleza, ya sea a los terceros que acrediten interés legítimo de las actuaciones distintas de las audiencias y de la sentencia, circunstancias —previstas respectivamente en los artículos 138 y 140 LEC— que no podrían ser ampliadas sin una indicación expresa del legislador. Pero, desde luego, el artículo 256 LEC no permite excluir a las propias partes del proceso de la información confidencial que resulte de la diligencia preliminar ni limitar su acceso a ella.

Lo mismo sucede con el deber de exhibición documental entre partes a que se refiere el artículo 328 LEC. Su párrafo tercero, limitado de nuevo a los procesos seguidos por infracción de derechos de propiedad industrial o intelectual, prevé *in fine* que «A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial». Como ya se ha visto, conforme al artículo 140 LEC el carácter reservado excluye a cualquiera que no sean las partes y sus defensores, de modo que el ar 328 LEC añade el carácter confidencial de la información a las circunstancias que permiten excluir a terceros del conocimiento de las actuaciones procesales: la parte requerida para exhibir un documento puede proteger su información confidencial de terceros, pero no puede protegerla de la parte que le pide el documento ni de otras partes o intervinientes en el proceso.

Esta intervención del legislador, pues, representa solo un pequeño avance el tratamiento de la información confidencial en el proceso civil respecto de las normas generales que regulan la publicidad de las actuaciones procesales. La confidencialidad se aborda respecto del derecho a un proceso público, siempre con relación a terceros, pero no respecto de las propias partes; no, por tanto, con relación al derecho a un proceso con todas las garantías. Y este pequeño progreso no es ni siquiera extensible a la información confidencial que pueda incorporarse a estos mismos procesos a través de actuaciones procesales distintas, ni tampoco a las diligencias preliminares o solicitudes de exhibición documental entre partes que se susciten en procesos con objeto distinto.

---

47. *Vid*. *supra* epígrafe 2.2.

En la práctica, y respecto de los procesos de propiedad industrial, el artículo 328 LEC tiene una aplicación muy desigual. Por un lado, porque los procesos de propiedad industrial que entran en el ámbito de aplicación de la Ley de Patentes tienen, como se verá a continuación, un tratamiento de la información confidencial mucho más amplio y adecuado, de manera que el régimen previsto por la LEC para diligencias preliminares y exhibición documental se aplica a los procesos de propiedad industrial no cubiertos por la Ley de Patentes y a los procesos de propiedad intelectual. Y, por otro, porque hay tribunales que la consideran una norma derogada por el artículo 283 bis LEC si el objeto del proceso es la reclamación de daños derivada de una situación de trust[48]. A lo largo de este epígrafe se verá que esta circunstancia es una constante, las reformas se superponen sobre las regulaciones anteriores, que no se derogan ni se coordinan ni se reforman a su vez para incorporar los mismos criterios; se va creando así una maleza de normas poco útiles y poco utilizadas, confusas, que estorba a la claridad y fluidez del proceso civil.

b) Medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para la reclamación de daños derivados de infracciones de la competencia

La introducción del régimen de acceso a fuentes de prueba que se lleva a cabo en la LEC mediante el Real Decreto-ley 9/2017 respecto de las acciones de daños derivadas de infracciones del Derecho de competencia representa un salto cualitativo para el tratamiento de la información confidencial en nuestro proceso civil, un nivel de protección muy superior al dispensado por las normas sobre diligencias preliminares y exhibición documental. Tiene en común con ellas, no obstante, un limitadísimo ámbito de aplicación, que se circunscribe únicamente al ejercicio de estas acciones tan específicas de resarcimiento por los daños derivados de infracciones de la competencia, y solo a la información que se incorpora al proceso como consecuencia de una solicitud de acceso a fuentes de prueba; sus elementos esenciales son los siguientes:

— La información confidencial se protege al constituirse la confidencialidad en uno de los elementos de valoración de la proporcionalidad que permite estimar la petición del solicitante, como dispone el apartado 3 c) del artículo 283 bis a) LEC; se trata este de un criterio acertado y equilibrado entre las posturas más maximalistas y las más restrictivas: no se excluye la exigencia de que se incorpore al proceso información confidencial de una parte, para permitir así el pleno ejercicio y reconocimiento de los derechos de la otra, pero la exigencia

48. *Vid*., por ejemplo, el AJMer Barcelona 698/2021, de 8 de noviembre, ECLI:ES:JMB:2021:3873A. En cambio, la SAP Valencia 257/2022, de 23 de marzo, ECLI:ES:APV:2022:764, sí aplica el artículo 328 LEC en un proceso de las mismas características.

está condicionada a que el sacrificio de la parte requerida sea proporcional a la tutela pedida y al planteamiento procesal hecho por el requirente[49].

— Existen, no obstante, dos límites a la exhibición de fuentes de prueba de carácter confidencial. El primero afecta a todo tipo de fuentes, y está previsto en el artículo 283 bis b) 3 LEC, que dispone que «Cuando ordene la exhibición de las pruebas el tribunal dará pleno efecto a las reglas de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente que resulten aplicables, así como a las reglas sobre deber de guardar secreto»[50]. El segundo límite se refiere a un tipo concreto de fuentes contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia, y se divide a su vez en dos categorías distintas. Una es temporal, y afecta a la información preparada para un procedimiento de una autoridad de la competencia, sea por la propia autoridad o por personas físicas o jurídicas, y a las solicitudes de transacción que se hayan retirado; a estas informaciones (conocidas como *grey list*) solo es posible acceder cuando el procedimiento al que están vinculadas haya finalizado, como se desprende de los artículos 283 bis i) 5 y 283 bis j) 2 LEC. La otra categoría de límites de acceso a fuentes que se contienen en expediente de una autoridad de la competencia es absoluta (conocida como *black list*), y se refiere a las declaraciones hechas en el marco de un programa de clemencia y a las solicitudes de transacción [artículos 283 bis i) 6 y 283 bis j) 1][51].

— Si el tribunal que ordena la exhibición de la fuente de prueba de carácter confidencial lo estima necesario, puede proteger la confidencialidad a través de la adopción de las medidas que estime oportunas, sean las que expresamente desgrana el artículo 283 bis b) 5 LEC, sean otras que considere más adecuadas o eficaces para el caso concreto.

— Tras erigirla en criterio de proporcionalidad y disponer medidas para su salvaguarda, la confidencialidad se protege todavía mediante una tercera vía, la de sancionar —duramente— al solicitante que infringe los deberes de confidencialidad, conforme al artículo 283 bis k) LEC.

— El artículo 283 bis f) regula el procedimiento para la solicitud de acceso a fuentes de prueba y, como consecuencia, también el modo en que la alegación de confidencialidad debe producirse y resolverse. La solicitud es siempre escrita y contradictoria y la parte requerida no responde por escrito sino que es convocada a una vista, en la que puede alegar y probar lo que resulte conveniente. Es en el marco de estas alegaciones orales y pruebas en el que el requerido podrá poner de manifiesto la confidencialidad de la información que pretende obtener el requirente, los daños que puede ocasionarle su divulgación y las

---

49. Una aplicación de este criterio que conlleva la denegación del acceso a fuentes de prueba solicitado puede verse en el AJMer Madrid de 25 de octubre de 2021, ECLI:ES:JMM:2021:3738A.

50. Considero que el legislador se refiere a un deber legal, y no convencional, de guardar secreto.

51. Un ejemplo de la aplicación de estas normas y de la exclusión del acceso a estas fuentes de prueba puede verse en el AJMer Valencia de 14 de junio de 2019, ECLI:ES:JMV:2019:48A.

medidas y caución que estima necesarias para proteger la confidencialidad[52]. La resolución del tribunal, mediante auto, es recurrible en reposición —con efectos suspensivos, una solución imaginativa y nada corriente— o directamente en apelación, en función de si la solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba es coetánea o previa a la demanda, respectivamente.

Las partes de un proceso de reclamación por daños sufridos como consecuencia de infracciones de la competencia pueden ver, pues, su información confidencial protegida frente a la parte contraria y a otros intervinientes en el proceso, y no meramente respecto de terceros, como les sucede a las partes de procesos fundados en derechos de propiedad industrial e intelectual. Partes que, a su vez, también son privilegiadas respecto de las partes de todos los restantes procesos civiles —a salvo de lo que después se dirá sobre los procesos relativos a la protección de secretos empresariales—, que no tienen ni siquiera acceso a la protección cualificada frente a terceros de que sí se dota a estas otras.

4.1.2. *Tratamiento procesal de la información confidencial en leyes especiales*

Desde la perspectiva procesal, son leyes especiales las normas jurídicas que contienen un cuerpo de disposiciones procesales que se proyecta específicamente sobre un grupo de sujetos, objetos o actuaciones concretas, y no sobre la generalidad de los procesos civiles. Contamos en nuestro ordenamiento con muchas normas que contienen disposiciones procesales civiles de estas características, y respecto del tratamiento de la información confidencial son relevantes la Ley de Patentes y la Ley de Secretos Empresariales.

a) La Ley de Patentes

La Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, está ordenada a la regulación y protección de los títulos de propiedad industrial definidos en su artículo 1: patentes, modelos de utilidad y certificados complementarios de protección de medicamentos y de productos fitosanitarios. El titular de una patente tiene conferido, para la defensa de su derecho y por el artículo 70 LP, un conjunto de acciones a cuyo ejercicio resultan aplicables las normas procesales previstas en el Título XII de esta norma jurídica. El tratamiento procesal de la información confidencial está regulado en un único precepto, el artículo 122 LP, que dispone en esencia que la natura-

52. Respecto de la caución, los tribunales han señalado repetidamente al aplicar el artículo 283 bis c) LEC que no existe una caución específica para responder de los daños provocados por la vulneración de la confidencialidad, sino que la LEC prevé una única fianza que valora conjuntamente el riesgo de estos daños y el derivado de la ejecución de las medidas de acceso a fuentes de prueba pedidas por el solicitante. Puede verse como ejemplo el AAP Vizcaya 2119/2020, de 4 de noviembre, ECLI:ES:APBI:2020:543A, que es frecuentemente citado por otros similares.

leza confidencial de la información que deba ser recabada mediante diligencias preliminares o medidas para el aseguramiento de la prueba —no se hace mención de otras actuaciones procesales— no es un impedimento para que tal información acceda al proceso, aunque las partes podrán pedir las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información requerida.

No es sencillo —ni es objeto de este trabajo— determinar los procesos a los que resulta aplicable esta norma. Pero, en cualquier caso, las partes de estos procesos pueden pedir y obtener unas medidas que están vedadas a quienes ejercitan sus derechos en otros muy parecidos y susceptibles también de contener información confidencial. A la inversa, quienes demandan protección de información confidencial en los procesos a los que resulta aplicable la LP, no tienen a su disposición el criterio de proporcionalidad, el procedimiento o la caución, entre otros elementos, que sí sirven a la protección de la información confidencial de quienes litigan conforme a la LEC por los daños derivados de una infracción de competencia. De nuevo, y como ya se ha visto respecto de las diversas particularidades introducidas por la LEC, no hay fundamento para este tratamiento diferenciado.

> La LP no se aplica por igual a todos los títulos de propiedad industrial; las particularidades procesales se regulan respecto del régimen de las patentes, y están expresamente extendidas también a los modelos de utilidad por el artículo 148 LP. No existe, sin embargo, una extensión expresa al tercer título de propiedad industrial referido en el artículo 1 LP, los certificados complementarios de protección de medicamentos y de productos fitosanitarios, ni tampoco la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, se remite a la LP en cuanto al ejercicio de acciones para proteger estos títulos. La LP sí se aplica a las acciones relativas a marcas y a diseños industriales por disposición expresa de las Leyes 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, respectivamente. Pero no resulta aplicable, por el contrario, a la competencia desleal, que es un ámbito habitualmente incluido en el campo de la propiedad industrial cuyos títulos protege la LP y en el que la necesidad de salvaguardar la confidencialidad es también frecuente. De modo que en el propio ámbito de la propiedad industrial pueden producirse diferencias importantes en el tratamiento de la información confidencial que accede a los procesos en los que se ejercitan acciones vinculadas con la defensa de sus títulos.

b) La Ley de Secretos Empresariales

Las normas procesales de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales tienen una posición original respecto del resto de normas que abordan el tratamiento procesal de la información confidencial en el proceso civil, y es que regulan un proceso cuyo objeto está directamente constituido por la defensa de una información confidencial. En efecto, el objeto de la LSE es la protección del secreto empresarial, que consiste, conforme al artículo 1, en una información o conoci-

miento caracterizado por una serie de rasgos entre los que se encuentra, precisamente, su naturaleza secreta, su condición de poco conocido y de difícilmente asequible. Hasta la LSE, la preocupación del legislador respecto del tratamiento de la información confidencial en el proceso civil se centra en la parte procesal que se ve impelida por la otra a introducir en el proceso una información que no quiere aportar voluntariamente. La LSE supone un muy necesario giro de cabeza del legislador, para volver la mirada hacia la parte procesal que, debido a las exigencias de la tutela que solicita, necesita introducir en el proceso una información que tiene carácter confidencial, y evitar a su vez los daños que su difusión le produciría.

Las normas de protección de la LSE tienen, como todas sus predecesoras, un ámbito de aplicación muy limitado, pero también es original el modo en que esta limitación se produce. No viene dada por las actuaciones procesales de las que surge la información protegible ni por el objeto del proceso en el que se revela, sino por el tipo de información de que se trata; la LSE no protege cualquier información confidencial sino, únicamente, la que pueda calificarse, conforme a su artículo 1, como secreto empresarial. Pero, y ésta es una tercera originalidad o novedad notable de la LSE, lo hace tanto en los procesos que resulten del ejercicio de acciones previstas en la LSE como en cualquier otro proceso en el que la decisión sobre el fondo requiera de la consideración del secreto empresarial, aunque el objeto del proceso no esté constituido por su defensa. La LSE extiende, pues, el tratamiento procesal de la información confidencial a cualquier proceso civil independientemente de su objeto o de las actuaciones procesales que se practiquen en él; siempre, eso sí, que en ese proceso civil se Introduzca una información confidencial encuadrable en el concepto de secreto empresarial ofrecido por la LSE.

La LSE no es nada clara en torno a si la información calificable como secreto empresarial es directamente considerada como confidencial y, por tanto, protegible, o si debe también ser acreditada la confidencialidad de lo que constituye secreto empresarial. La diferencia no es pequeña, puesto que el esfuerzo probatorio de la parte que alega el secreto se dobla en el caso de la segunda opción. Aunque en algunos puntos del artículo 15 LSE la literalidad de la norma parece conducir a esta posibilidad más compleja —el artículo 15.1 se refiere textualmente a «aquella información que pueda constituir secreto empresarial y que los jueces o tribunales, de oficio o a petición debidamente motivada de cualquiera de las partes, hayan declarado confidencial»—, la lógica conduce a desecharla y a entender que, una vez que el tribunal ha consentido la calificación de secreto empresarial para determinada información, ésta debe ser tratada confidencialmente.

En general, todo el tratamiento de la información confidencial (secreto empresarial) previsto en la LSE es novedoso respecto de lo previsto en normas anteriores. El artículo 15.1 LSE, y esto también constituye una innovación, establece un deber general de confidencialidad sobre todos los que, con ocasión del proceso, hayan

tenido contacto con la información confidencial. Es igualmente innovador que, además, se destaque que el deber de confidencialidad no se extingue con el proceso sino, si acaso, con la pérdida o decaimiento o negación de la naturaleza secreta de la información que se produzca como consecuencia del paso del tiempo o de decisiones procesales posteriores.

Otro elemento presente en la LSE y que no había aparecido en la legislación anterior relativa al tratamiento procesal de la información confidencial es la posibilidad de que el tribunal actúe de oficio para proteger el secreto empresarial, prevista tanto respecto de la mera consideración como confidencial del secreto empresarial como respecto de la adopción de medidas directamente destinadas a proteger la confidencialidad del secreto. No es, a mi juicio, un criterio acertado. Considero adecuado que el tribunal pueda promover de oficio la exclusión de la publicidad de las actuaciones orales, como prevé el artículo 138 LEC, para proteger intereses de carácter general (orden público, seguridad nacional), de personas especialmente vulnerables (menores), otros que tiene especialmente encomendados, como mantener las condiciones necesarias para administrar rectamente justicia e incluso, con muchas más dudas pero todavía posible, derechos fundamentales personalísimos, como la intimidad o el honor. Pero no estimo procedente que en un proceso civil el tribunal promueva de oficio la protección del secreto empresarial, de una parte cuando esa intervención implica limitación de los derechos fundamentales de naturaleza procesal que asisten a la parte contraria. Sí coincido, en cambio, con los autores que señalan que el tribunal debe actuar de oficio llamando al proceso a los terceros que sean titulares o cotitulares de un secreto empresarial que accede al proceso y habilitando un cauce para que puedan intervenir[53].

No es novedoso que la LSE disponga una lista de medidas elegibles para proteger la confidencialidad, ni que la lista se constituya a modo de *numerus apertus*. Sí, lo es, en cambio, que se prevea que las medidas consistentes en restringir el acceso de personas a la información confidencial, ya sea a las actuaciones orales en las que se expone o a los documentos en que se contiene, no pueden excluir completamente a las partes procesales, de modo que deben comprender en todo caso a una persona física de cada una de las partes y a sus abogados y procuradores.

La LSE es posterior a la reforma de la LEC que regula el acceso a las fuentes de prueba. No hay razón ninguna para que el tratamiento de la información confidencial en unos y otros casos sea distinto; ni siquiera las Directivas de las que emanan servirían como excusa, porque siempre permiten una protección mayor. El legislador de la LSE ignora elementos muy valiosos que la reforma de la LEC regula, como el procedimiento, la caución o las sanciones. Y tampoco introduce en la LEC algu-

53. Ormazábal Sánchez 2021, pág. 223, con base en el apartado 4º del artículo 15.2 LSE.

nas de sus mejoras en el tratamiento de la información confidencial, como el deber general de confidencialidad o el propio intento de definir cuál es el objeto de protección. El problema real no es, sin embargo, el de simple descoordinación o yuxtaposición, la aparente falta de criterio general sobre este asunto, sino que la LSE resulta aplicable a cualquier proceso en el que se introduzca un secreto empresarial, y esa situación es perfectamente concebible en el ejercicio de acciones por daños derivados de las infracciones de la competencia que regula la LEC que, a su vez, no son muy distintas de muchas otras que se generan en sectores limítrofes del tráfico jurídico y económico y que no pueden acceder a estos instrumentos procesales cualificados sin que exista ninguna razón de peso para ello. ¿Qué sucederá entonces en estos procesos, en los que dos sistemas de tratamiento de la información confidencial son aplicables? ¿Cada tribunal se construirá su propio sistema, tomando normas de uno y de otro? ¿Se optará por la regulación de la LSE, más incompleta y parcial, porque es más específica y posterior en el tiempo? ¿Se terminarán aplicando las previsiones de la LEC y de la LSE a cualquier acción que participe de algún modo de los ámbitos jurídicos y económicos sobre los que se proyectan estas legislaciones?[54] Volvemos así al punto de partida de este epígrafe: nuestro proceso civil incorpora los patrones europeos, pero lo hace sin integrarlos en el conjunto, sin prever las articulaciones adecuadas, de modo que quedan como unas piezas superpuestas que pueden ser de utilidad y también representar un estorbo. El proceso civil español en este punto no genera una sensación confortable, de fluidez, de modernidad y seguridad, sino de insatisfacción, de insuficiencia final pese a la abundancia de normas.

4.2. Carencia de diseño procesal

Simplemente se consigna aquí lo evidente. De entre los cuatro regímenes relativos al tratamiento procesal de la información confidencial en el proceso civil solo uno de ellos, el que se contiene en la LEC relativo al acceso a fuentes de prueba, tiene un desarrollo procesal suficiente. Y eso a pesar de que lo tiene de manera vicaria, puesto que las previsiones procedimentales no se refieren al tratamiento de la alegación de confidencialidad sino que ésta resulta prevista y regulada porque es una posible oposición o respuesta a una solicitud de acceso a fuentes de prueba, que es el objetivo primordial del legislador. Ésta es la segunda razón por la que, encontrándose nuestra legislación en este punto adecuadamente adaptada a los estándares europeos, no puede ser considerada, sin embargo, como plenamente satisfactoria.

---

54. Como ya sucede, sirvan de ejemplo los AAJMer Barcelona de 20 de junio y de 3 de septiembre de 2019, ECLI:ES:JMB:2019:115A y ECLI:ES:JMB:2019:114A respectivamente, que aplican las normas del artículo 283 bis LEC a asuntos de competencia desleal, siguiendo el criterio fijado por la Audiencia Provincial de Barcelona.

En 2019, tras la promulgación de la LSE y para cubrir lo que es una necesidad acuciante, la Sección de Derecho de la Competencia del Tribunal Mercantil de Barcelona elaboró un Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles[55], que atiende a «la conveniencia de tener unas prácticas procesales comunes para el tratamiento de información declarada secreta». No es necesario insistir ni en la bondad de la iniciativa ni en lo inadecuado de la situación. Los tribunales no son legisladores, y no deben verse abocados a cumplir esta función porque carecen del instrumento imprescindible para llevar a cabo la que sí tienen constitucionalmente atribuida. Este Protocolo se ha erigido en una herramienta fundamental para el tratamiento procesal de la información confidencial en el proceso civil y para el debate en torno a él, puesto que el mismo Protocolo prevé que su ámbito de aplicación desborde la LSE y alcance a información que pueda considerarse confidencial sobre la base de una normativa distinta a la del secreto empresarial.

5. ¿Podemos mejorar el tratamiento procesal de la información confidencial en el proceso civil?

Parece indudable que un tratamiento adecuado de la información confidencial mejora la afinación o la agudeza del instrumento de tutela en que el proceso civil consiste —perspectiva con la que comenzaban estas páginas—, porque reduce la posibilidad de que los justiciables tengan que elegir entre la protección de sus secretos o la de otros intereses. Por supuesto, introducir este tipo de mecanismos en el proceso civil tiene sus riesgos, en concreto tres: el proceso se encarece, el proceso se ralentiza, el proceso puede ser usado con finalidades espurias. Pero, a su vez, también estos riesgos pueden ser conjurados, medios para ello hay.

La necesidad de proteger información no se produce en todos los procesos, de manera que el encarecimiento no será general, y afectará solo a aquéllos a quienes la existencia de medios de protección les preste a su vez un servicio que favorezca a sus intereses. Que el proceso civil se ralentice a causa de la introducción de mayor número de actuaciones puede tener un fundamento estructural, y también una causa más vinculada a la conducta de las partes y relacionada con el abuso del proceso o con el fraude procesal. Los problemas estructurales, ocasionados por que los procesos sean más largos o por la mayor complejidad de los asuntos, deben ser abordados por el Estado y por el CGPJ, con medios y con posibilidades de formación para los jueces, evitando la idea de muy corto alcance pero a veces sugerida de que se trata de invertir en procesos que no son importantes o necesarios para el común de los ciudadanos. Lo cierto es que el proceso civil es un instrumen-

55. Asequible a través de diferentes webs, una de ellas la del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona https://www.icab.es/es/actualidad/noticias/noticia/La-CRAJ-informa-Protocolo-de-proteccion-del-secreto-empresarial.-Juzgados-Mercantiles-de-Barcelona./

to significativo para el bienestar social y para depositar confianza en el tráfico jurídico y económico de un Estado, y en cuanto a tal todos los ciudadanos se ven afectados por su calidad y por las mayores o menores posibilidades que ofrece. El riesgo de abuso y de fraude procesal, que existe, se combate con deontología —enseñada en las Facultades de Derecho y aplicada y exigida por los Colegios Profesionales— y con los instrumentos adecuados que permitan a los tribunales rechazar de plano y sancionar con seriedad determinadas conductas.

Hay tres factores que mejorarían la protección de información confidencial que actualmente ofrece nuestro proceso civil. Por un lado, definir o, al menos, enmarcar, el objeto de protección. Por otro, unificar su tratamiento. Y, por último, establecer un procedimiento para la solicitud de protección y resolución sobre ella.

5.1. Enmarcar el objeto de protección

Probablemente no sea casual que el legislador no haya definido qué entender por información confidencial, puesto que existe un consenso amplio y vago en torno a que consiste en aquello que solo conocen los muy allegados al titular de la información porque su generalización podría afectar negativamente a su esfera de intimidad o de intereses legítimos. Sin embargo, y aunque un concepto unívoco tal vez no sería conveniente para evitar problemas de rigidez o de desbordamiento, un cierto marco conceptual sí ayuda a esquivar otro tipo de dificultades, las que se derivan de la inseguridad jurídica. Este marco conceptual podría definirse en sentido positivo y también en sentido negativo[56].

Para reflexionar en torno a lo que puede ser considerado información confidencial es importante tener en cuenta el contexto en el que tal definición va a ser operativa. Varios ejemplos pueden ilustrar esta proposición. Como ya se dijo[57], las excepciones previstas en el artículo 4 del Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión representan, *a contrario*, un cuadro completo de lo que merece un tratamiento específico desde la perspectiva de la protección de información confidencial. Sin embargo, esta norma está prevista para procesos en los que intervienen instituciones europeas, y resulta excesiva para lo que constituye el objeto de un proceso civil, porque contempla circunstancias que nunca van a verse

56. Con ocasión de los trabajos preparatorios de la Comunicación de la Comisión sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE, la Asociación Española para la Defensa de la Competencia emitió unos Comentarios en los que (pág. 8) expresaba su preocupación por las desigualdades en las que podrían incurrir los tribunales sin una delimitación clara de lo que debía considerarse información confidencial.

57. *Vid*. *supra* epígrafe 3.4.

comprendidas en él. En el extremo contrario, la OCDE, en uno de los muchos documentos que ha dedicado a la cooperación internacional en procesos relacionados con cuestiones de competencia, define información confidencial como «*information the disclosure of which is subject to legal restrictions, like business secrets, leniency applications/statements and personal data*»[58], una visión esta vez demasiado estrecha para lo que puede resultar información confidencial en un proceso civil, puesto que está pensada para procedimientos ante autoridades de competencia.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión Europea sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE, recogiendo en su parágrafo 20 la experiencia que se desprende de la jurisprudencia de los tribunales y de la práctica de las instituciones europeas, señala como criterios identificadores y acumulativos de lo que puede considerarse información confidencial los siguientes: «i) es conocida solamente por un número limitado de personas, y ii) su exhibición puede causar un perjuicio grave a la persona que la facilitó o a terceros, y iii) los intereses que la exhibición de información confidencial puede lesionar son objetivamente dignos de protección». Se trata de una concepción más propia de un proceso civil, válida incluso para la generalidad de los procesos civiles ordinarios, que abarcan más asuntos que los estrictamente empresariales o comerciales. Pero no tiene en cuenta el interés público que en ocasiones puede estar implicado, bien en un proceso civil especial, bien en la recta administración de Justicia en cualquier proceso, y que puede requerir tratamiento confidencial.

La fórmula para definir lo que puede entenderse por información confidencial en el proceso civil podría coincidir sustancialmente con la contenida en el artículo 138.2 LEC, varias veces mencionada ya aquí, para permitir la celebración de actuaciones a puerta cerrada que, por remisión del artículo 140.3 LEC, es la que igualmente habilita al tribunal para declarar reservadas las actuaciones escritas. Así, tendría que estimarse confidencial lo que fuera «necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática», las cuestiones vinculadas a «los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades» o aquellas informaciones o documentos respecto de los que «por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia». Pero tampoco es idónea: la referencia a «otros derechos y libertades de las partes» es tal vez demasiado genérica, y sería preferible la mención directa de los secretos comerciales o empresariales. De este modo, quedarían explicitados todos los elementos que, en un

58. OCDE 2019, pág. 17.

proceso civil, pueden encontrarse vinculados a una información cuya extensión implicase un perjuicio para otros derechos e intereses protegibles.

> Las previsiones del artículo 138.2 LEC, completadas con la referencia al secreto comercial o empresarial, recogen los elementos fundamentales del conjunto definido por las excepciones del artículo 4 del Reglamento 1049/2001, y excluyen otros que no son propios de un proceso civil entre particulares y sí, en cambio, de procesos que implican a instituciones como las europeas.

Que coincidan los elementos que permiten excluir a terceros de actuaciones orales y escritas y que permiten a su vez limitar el acceso de la parte contraria a determinadas informaciones que se incorporan al proceso no significa que ambas decisiones se produzcan de la misma manera ni siempre unidas, porque los derechos que se protegen son distintos —derecho a un proceso público en el primer caso, derecho a un proceso justo y equitativo en el segundo—, y son afectados de manera distinta por las mismas circunstancias. Puede haber factores relativos a la intimidad de las partes que aconsejan excluir a los terceros pero que no requieren la limitación de los derechos de la parte contraria. El proceso puede versar sobre secretos empresariales que comparten ambas partes, pero que no desean que sean conocidos por terceros. De hecho, las normas que establecen listados de medidas dirigidas a proteger la confidencialidad de la información incluyen habitualmente algunas consistentes en excluir a terceros de las actuaciones orales y también del acceso a la documentación escrita del proceso en lo que haya sido declarado confidencial, y es posible que este tipo de medidas sea suficiente para proteger el grado de confidencialidad alegado y acreditado por las partes.

La delimitación negativa de lo que no puede protegerse como información confidencial también es importante, y sí está presente, en cambio, en alguna de las normas que abordan el tratamiento de este tipo de información en el proceso civil, aunque restringida a su ámbito de aplicación. Así, dispone el artículo 283 bis b) 2 LEC que «El interés de las empresas en evitar acciones por daños a raíz de una infracción del Derecho de la competencia no constituirá un interés que justifique protección»; hay que concluir, por tanto, que la información cuya difusión determine perjuicio únicamente para este interés no es protegible como confidencial. Si nuestro proceso civil protegiese la información confidencial que pudiera verterse en cualquier tipo de proceso, y no solo respecto de objetos procesales específicos, esta condición negativa tendría que ser formulada de otra manera. Pensemos en un proceso matrimonial en el que uno de los cónyuges no quiere desvelar sus ingresos ni sus pagadores para eludir la fijación de pensiones a su cargo o disminuir su cuantía, y alega que la información relativa a su situación económica es confidencial. La delimitación negativa de lo que es confidencial tendría que hacer saber a las partes que el interés en evitar acciones fundadas en derechos o intereses legítimos de otras personas físicas o jurídicas no es protegible a través de la confidencialidad.

5.2. Unificar y generalizar el tratamiento procesal

Entre los factores que impiden considerar completamente satisfactorio el tratamiento procesal de la información confidencial previsto actualmente en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran, a mi juicio, tanto su fragmentación como su limitado ámbito de aplicación.

Como se ha puesto de manifiesto, situaciones en las que pueden estar implicadas informaciones muy parecidas en cuanto a su confidencialidad son tratadas de forma distinta, por normas distintas que, en algunos casos, pueden incluso superponerse[59]. Una regulación fragmentada en supuestos muy similares es una puerta abierta a los conflictos de normas y al tratamiento desigual de circunstancias equivalentes; y lo cierto es que no se han identificado necesidades específicas en los distintos contextos en los que puede presentarse la necesidad de proteger este tipo de información. Lo adecuado, pues, es que el tratamiento procesal de la información confidencial sea único, y que esté contenido en una única norma.

Esta única norma tendría que ser la LEC. Es cierto, como se ha anotado ya, que mucha de la información confidencial que acceda a los procesos civiles será calificable como secreto empresarial y que, desde esa perspectiva, la LSE podría ser el soporte común del tratamiento procesal de la información confidencial; aunque, desde luego, no con su regulación actual, puesto que la prevista en la LEC respecto del acceso a fuentes de prueba es más completa y más correcta técnicamente. Sin embargo, la LSE resulta inadecuada sí, como a mi juicio sucede, se entiende oportuno extender la protección de la información confidencial a cualquier proceso y a cualquier objeto procesal. Aunque muy posiblemente la demanda de esta protección se refiera sobre todo al secreto empresarial, existen otras situaciones que también son protegibles, en el contexto de una sensibilidad social creciente en torno a la salvaguarda de una esfera personal de la que también forman parte informaciones y datos. Un proceso civil que se pretende moderno y eficaz no puede prescindir del instrumento que le permita atender a situaciones que, si bien no serán muy frecuentes, sí pueden ser relevantes por el conflicto de intereses y la implicación de derechos, incluso fundamentales, que conlleven.

La realidad nos ofrece dos ejemplos recientes, en cuyas resoluciones resultan patentes la falta de una mirada general sobre lo que la protección de la confidencialidad supone, y también la falta de instrumentos. Al primero ya se ha hecho referencia, se trata del problema suscitado por la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve la ya mencionada STC 64/2019, de 9 de mayo, y que versa sobre la posible vulneración del derecho a la intimidad de los menores por parte del artículo 18.2.4

59. *Vid*. *supra* epígrafe 4.1.

de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que obliga a entregar a las partes de un proceso de familia el acta detallada de la exploración judicial de un menor, cuando de esta exploración, y precisamente para proteger los derechos del menor, se ha excluido la intervención de las partes. El TC desestima la cuestión y hace prevalecer el derecho a un proceso equitativo de los padres (es decir, el derecho a estar plenamente informados de todas las actuaciones procesales) sobre el derecho a la intimidad del menor. La decisión me parece desacertada en el plano de los fines, y en el de los medios. El TC sostiene que el momento en el que resulta realmente necesario proteger la intimidad del menor es en el momento de la audiencia, preguntando sólo por lo imprescindible y rodeando al menor de las condiciones necesarias para que se exprese con libertad. Protegida adecuadamente la intimidad del menor en ese momento, el traslado del acta «detallada», conforme a la norma jurídica, es en cambio el momento de proteger los derechos procesales de las partes: «Si, por decisión del juez, la exploración judicial se desarrolla en ausencia de las partes a fin de garantizar el derecho de audiencia en condiciones que preserven el interés superior del menor, la posterior entrega del acta detallada a las partes concilia esa decisión judicial con los derechos fundamentales de las partes en el proceso (art. 24 CE)». La realidad es que, en estas condiciones, la audiencia sin la presencia de las partes se convierte en una trampa para el menor: no protege máximamente su intimidad sino que la desprotege máximamente, puesto que es muy posible que el menor, confiado por la ausencia de sus padres, exponga su intimidad de un modo en que no lo haría si supiera que la información que está proporcionando les va a ser trasladada de manera «detallada». Es curioso pensar que en el momento de dictarse esta sentencia llevan ya varios meses y años en vigor normas jurídicas, la LSE y los artículos 283 bis a) a k) LEC, que permiten limitar el derecho a un proceso equitativo para preservar secretos empresariales, y que prevén medidas de protección de la confidencialidad como la redacción de versiones no confidenciales de ciertos documentos; y observar cómo, sin embargo, estos instrumentos no alcanzan a proteger la intimidad de un menor en un contexto extremadamente delicado, como es un proceso de familia.

El segundo asunto que sirve para ejemplificar la necesidad de un tratamiento unificado y generalizado de la información confidencial en el proceso civil nos llega a través del AJPI nº 24 de Palma de Mallorca de 6 de julio de 2020[60]. La demandada solicita que se atribuya carácter confidencial a la documentación que aporta al incidente de que se trata, porque teme que haya sido suscitado por la parte actora con el objetivo, precisamente, de obtener tal documentación para incorporarla a otro litigio pendiente entre ambas. El tribunal observa —juiciosamente, claro— que las normas generales de la LEC permiten, en su caso, excluir del conocimiento de las actuaciones procesales a terceros, pero no a las partes del proceso; y que el asunto

60. ECLI:ES:JPI:2020:17. La resolución está en catalán, la traducción es libre.

no se encuentra dentro del ámbito al que resultan aplicables los artículos 283 bis a) a k) LEC ni las normas de la LSE. No existe, como consecuencia, norma jurídica que funde la adopción de las medidas instadas por la solicitante —entre las que se encuentran impedir a la actora usar en un proceso distinto la documentación adquirida en el proceso en curso, requerirla para que formule por escrito compromiso de confidencialidad o arbitrar un sistema para que consulte la documentación en la sede del tribunal—, y tampoco que permita declarar de manera general el secreto de las actuaciones, así que desestima la petición, «*sense perjudici de les accions que Melià, si escau, pugui exercitar contra l'actora en el cas de que aquesta empri la documentació que obtingui en aquest procediment d'una manera que perjudiqui fraudulentament els interessos legítims de la demandada*». No podemos saber si la demandada habría visto estimada o no su petición de resultarle aplicables las normas relativas a la información confidencial y a la interdicción del abuso respecto de la información obtenida en el proceso civil; pero sí parece evidente que existen supuestos más allá del secreto empresarial que justifican la existencia de un instrumento de protección de la información que puede ser conocida a través de un proceso civil.

5.3. Establecer un procedimiento adecuado

Si el legislador generalizase el tratamiento procesal de la información confidencial en el proceso civil y lo incluyese en la LEC, tendría que diseñar un procedimiento adecuado para ello. Habría que tener en cuenta, como punto de partida, que la solicitud para la protección de información confidencial puede proceder espontáneamente de cualquiera de las partes, y en cualquiera de los momentos en los que se les permite incorporar información al proceso, pero puede también desprenderse de la contestación de cualquiera de las partes a la solicitud de acceso a fuentes de prueba, exhibición documental, diligencias preliminares o diligencias de comprobación formuladas por una de las partes frente a otra. Por esta razón, el legislador tendrá que diseñar un procedimiento que se abra a modo de pieza separada cuando una parte quiera que la información que aporta al proceso se trate como confidencial, y que pueda adaptarse a los procedimientos que ya prevé la LEC para que las partes requeridas para la práctica de determinadas actuaciones procesales por la parte contraria manifiesten lo que convenga a su derecho, manifestaciones entre las que puede encontrarse la petición de que la información que se les requiere se trate como confidencial. Una regulación de estas características requiere además de la adopción de varios presupuestos previos.

5.3.1. *Presupuestos previos*

Antes de diseñar un procedimiento de estas características, el legislador debe, por un lado, decidir algunos elementos informadores del conjunto y, por otro, formular algunas cuestiones que no son procedimentales sino estructurales.

El primero de estos elementos previos consiste en resolver si la inclusión de información confidencial en el proceso civil es excepcional —como se ha visto que prefieren algunas normas y propuestas europeas— o si, por el contrario, el hecho de ser confidencial la información no la excluye del proceso como regla, aunque permite que sea tratada de forma específica. Vista la experiencia de las normas europeas la segunda opción parece más sencilla, sobre todo porque los sistemas más restrictivos permiten finalmente un conjunto de excepciones que los aproxima mucho a los supuestos que los sistemas más abiertos formulan en positivo. El proceso civil es el instrumento de la función jurisdiccional y, en cuanto a tal, un medio para la tutela de derechos e intereses que no tiene que buscar la verdad material y la aplicación de la norma por encima de la voluntad de las partes cuando son derechos e intereses privados los que están en juego; pero sí es necesario que cuente con los medios necesarios para hacerlo cuando esto, la aplicación de la norma jurídica conforme a la verdad material, es lo que las partes persiguen a través del proceso[61].

En segundo lugar, es necesario decidir si la protección de la información confidencial implica únicamente restricciones de acceso para las partes o si, por el contrario, puede determinar la exclusión completa de algunas informaciones del conocimiento de las partes. La LSE opta por la primera de las estructuras, y el inciso segundo de su artículo 15.2 sienta que «La determinación del número de personas al que se hace referencia en las letras a) y b) de este apartado habrá de respetar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, e incluirá, al menos, una persona física de cada una de las partes y sus respectivos abogados y procuradores». La medida 6ª del apartado 5 del artículo 283 bis a) LEC es menos estricta en este sentido, puesto que permite «Limitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a obligación de confidencialidad». En cualquier caso, con mayor o menor intensidad, la protección de información confidencial en el proceso civil implica la restricción de los derechos procesales de las partes; por esta razón, y como se ha observado con acierto, tendría que ser regulada mediante ley orgánica[62].

> En nuestra práctica judicial ya no son extrañas las resoluciones que acuerdan que la información obtenida por la actora como fuente de prueba sea examinada únicamente por su letrado y por el perito que la parte designe, pero no por la propia parte, insistiendo en el deber de confidencialidad a que están sujetos los profesionales que accedan a la información[63]. Y hay dos detalles que permiten observar

61. La doctrina observa que el legislador español no se ha pronunciado sobre esta cuestión y que es importante darle respuesta. Así, respecto de la LSE, Ormazábal Sánchez 2021, págs. 223-226.

62. *Vid*. Ormazábal Sánchez 2021, pág.235.

63. Entre otros, los AAPr Granada 113/2020, de 24 de septiembre, ECLI:ES:APGR:2020:947ª; AAPr Zaragoza 61/2021, de 13 de mayo, ECLI:ES:APZ:2021:657A y AAPr Burgos 36/2020, de 8 de abril. También, de forma particularmente estricta, el AJMer Barcelona de 20 de junio de 2019, ECLI:ES:JMB:2019:115A.

> que ésta es la tendencia —aunque respecto del secreto empresarial, y mientras dure la situación normativa que actualmente tenemos siempre va a chocar con la LSE—. Por un lado, y en el nivel europeo, la Comunicación de la Comisión sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE, posterior a la Directiva de Secretos Comerciales, deja abierta la posibilidad de excluir a las partes en la aplicación de medidas de protección de confidencialidad. Por otro, en el nivel nacional, el Protocolo de Protección del Secreto Empresarial ante los Juzgados de lo Mercantil, posterior a la LSE, flexibiliza las exigencias de la LSE en la configuración del acceso de las partes a la información confidencial. Sin embargo, no deja de ser una cuestión polémica, que tiene su origen, no en las normas nacionales, sino en las Directivas que trasponen, en los diferentes tratamientos que para este punto se contienen en la Directiva de Daños y en la de Secretos Comerciales, que no pueden ser modificadas por comunicaciones ni por protocolos, como tampoco pueden serlo las normas internas.

El tercer elemento previo radica en determinar si la protección de información confidencial se desencadena únicamente a instancia de parte, o puede ser activada también de oficio. La respuesta correcta, pienso, está en función de las circunstancias de las que derive la confidencialidad, y del proceso en el que se plantee la cuestión. Si el proceso es especial porque concurre un interés público junto con el privado o si, siendo cualquier otro el proceso, el fundamento de la confidencialidad reside en el interés de un menor, el interés público o el de la administración de Justicia, el tribunal podría promover de oficio la declaración de confidencialidad de la información afectada por estos intereses y la adopción de las medidas necesarias para protegerla. Si el proceso es ordinario y versa sobre derechos e intereses particulares, incluso fundamentales como el honor o la intimidad, son los titulares de estos derechos e intereses quienes deben instar los mecanismos procesales que entiendan más necesarios y adecuados para su protección y para la defensa de su posición procesal.

En cuarto lugar, habría que incorporar el deber de confidencialidad general que atañe a todos los que entran en contacto con información confidencial a través de un proceso civil, y que el artículo 15.1 LSE formula con acierto, extendiéndolo más allá de la duración del proceso, hasta que la información pierda el carácter de confidencial. Es cierto que este deber puede deducirse de las nomas que regulan el régimen y actuación de cualquier interviniente en el proceso, pero en algunos casos no está explicitado y es adecuado hacerlo de manera conjunta. También es adecuado poner de manifiesto expresamente que sobre quien incumpla este deber recae la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se deriven de su conducta.

> Es cierto que puede resultar una declaración más programática que efectiva. La SJPI León de 15 de octubre de 2019, por ejemplo, muestra absoluto escepticismo

> sobre la eficacia del deber de confidencialidad de las partes y de los profesionales que intervienen en el proceso, y ese escepticismo se extiende, por tanto, a las medidas de protección previstas en la ley, porque todas requieren la implicación de unos u otros. El tribunal considera que la única medida eficaz para proteger la confidencialidad sería la designación de un perito judicial, de un ayudante del tribunal, que es algo no previsto en nuestra legislación, aunque en algunas ocasiones se insinúa la conveniencia de contar con esta figura. No está claro si ésta es la idea que subyace a la consideración de que «Incluso es posible, si la complejidad del asunto así lo requiere, que se nombre un perito encargado de facilitar la tarea de individualización e identificación de la información que debe ser declarada como secreta y de adoptar las medidas de protección», que se contiene en el Protocolo de Protección del Secreto Empresarial ante los Juzgados de lo Mercantil. Por un lado, el Protocolo puede estar aludiendo a una prueba pericial sobre la confidencialidad solicitada por ambas partes conforme al artículo 339.4 LEC; pero, si así fuese, el Protocolo no tendría necesidad de preverlo específicamente ni de ligarlo a la especialidad complejidad del asunto.

El último elemento estructural atañe a los catálogos de medidas para proteger la confidencialidad y de sanciones para reprimir las conductas que la vulneran. En cuanto a las medidas, lo más adecuado es optar, como hasta ahora se ha hecho, por un sistema de *numerus apertus*, que ofrezca indicaciones para las partes y para el tribunal pero que permita también otras posibilidades que se adapten mejor al caso concreto. El régimen actual de nuestro ordenamiento jurídico es demasiado escueto en este aspecto. El artículo 283 bis a) LEC, en sede de acceso a fuentes de prueba en procesos por daños derivados de infracciones de competencia, se limita a enumerar una serie de medidas sin desarrollarlas; el artículo 15.2 LSE no amplía el catálogo y tampoco es muy explícito; y ninguna de las normas incluye algunas de las medidas más demandadas y complejas, como las salas de datos o los círculos de confidencialidad. También es oportuno que al construir el catálogo se separen con claridad las medidas que pueden acordarse respecto de terceros y las que afectan a las partes del proceso. Por el contrario, el artículo 283 bis k) LEC es un modelo adecuado en lo que a las sanciones se refiere, puesto que con formato de *numerus clausus* prevé algunas de carácter económico y otras de naturaleza procesal, y concede bastante margen al tribunal para acordar lo que estime más adecuado a las circunstancias.

> El objeto de este trabajo no permite el examen individualizado de las medidas de protección previstas en nuestra legislación. Existen, no obstante, muchas reflexiones institucionales, doctrinales y jurisprudenciales en torno a ellas, particularmente sobre las que requieren un desarrollo más elaborado, las salas de datos[64] y los

64. La entrada *Data rooms and confidentiality rings* del menú relativo a la Política sobre competencia en la web de la Comisión Europea (https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/procedures/data-rooms-and-confidentiality-rings_en) ofrece los principales documentos institucionales sobre ambas, muy interesantes. Sobre la creación de salas de datos pueden verse el AJMer Valencia de 14 de junio de 2019,

círculos de confidencialidad[65]. Por su parte, la Comisión formuló en 2020 un documento denominado *Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE*, que «determina las medidas que podrán tener en cuenta los órganos jurisdiccionales nacionales cuando se ocupen de la exhibición de información confidencial en las acciones de aplicación privada» y que «pretende ser una fuente de inspiración y orientación para los órganos jurisdiccionales nacionales»[66]. Y la práctica de los tribunales va aportando medidas no previstas por el legislador, o versionando las que se encuentran en las normas jurídicas en función de las necesidades del caso concreto. Así, el AJMer Barcelona 757/2021, de 1 de diciembre, ECLI:ES:JMB:2021:4168A, dispone que todas las cartas y respuestas recibidas y remitidas por la demandada a las que, en cuanto fuente de prueba, pretende acceder la parte actora, «se aportarán anonimizadas, sin que contengan en ningún caso, los datos personales de los titulares afectados». O el AJMer Barcelona de 20 de junio de 2019, ECLI:ES:JMB:2019:115A establece condiciones específicas para el acceso a un documento: en la sede del tribunal, estando permitido únicamente tomar notas pero no hacer fotos ni sacar copias, y sin que sea posible reproducir su contenido en el informe pericial; de modo que, si fuese absolutamente necesario hacer esto último, se elaborará un anexo disociado al que únicamente podrá acceder el tribunal.

5.3.2. *Solicitud y procedimiento*

Procesalmente, la solicitud de que determinada información sea tratada como confidencial y se adopten para ello las medidas que resulten pertinentes es una cuestión incidental de previo pronunciamiento, puesto que su resolución va a afectar al curso de las actuaciones. Y, si bien se observa, el desarrollo procesal más acabado con que cuenta el tratamiento procesal de la información confidencial en nuestro ordenamiento, que es el relativo al acceso a fuentes de prueba, sigue el esquema de los artículos 392 y 393 LEC, con las adaptaciones necesarias para la cuestión de que se trata. Puesto que el procedimiento previsto en el artículo 283 bis f) LEC se refiere a la solicitud de acceso a fuentes de prueba, y aborda la naturaleza confidencial de la información requerida y su tratamiento desde la perspec-

---

ECLI:ES:JMV:2019:48A; y las SSAP Valencia 1284/2020, de 17 de noviembre, ECLI:ES:APV:2020:4230 y 433/2021, de 20 de abril, ECLI:ES:APV:2021:1209, que analizan extensamente y de forma muy crítica su configuración y sus problemas, y que son seguidas y citadas por otras resoluciones. En otros casos, como puede verse en el AAPr Logroño 115/2021, de 21 de julio, ECLI:ES:APLO:2021:608A, el tribunal rechaza su constitución porque estiman suficiente una mera exhibición documental.

65. Además de la ya señalada entrada *Data rooms and confidentiality rings* de su web, la Comisión Europea dedica a los anillos de confidencialidad los parágrafos 50 a 85 de la Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE. También les presta atención de tallada el Protocolo de Protección del Secreto Empresarial ante los Juzgados de lo Mercantil.

66. Parágrafos 7 y 8 respectivamente. Puede verse en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2020-70074, y constituye, efectivamente, una guía de aplicación de medidas aptas para proteger la confidencialidad en procesos civiles.

tiva de la oposición a la solicitud, no puede ser trasplantado sin más a la idea de una pieza separada, pero su esquema puede reproducirse para un sistema que constaría de las siguientes actuaciones.

— La parte que, con una actuación procesal concreta (demanda, contestación, alegaciones complementarias, escrito de ampliación de hechos), quisiera incorporar al proceso información de naturaleza confidencial, tendría que solicitar, al realizar la actuación de que se trate, que se abriese la pieza separada de información confidencial[67]. No parece particularmente útil prever la posibilidad de que la petición de tratamiento como confidencial de cierta información se formule antes de la interposición de la demanda, puesto que en todo caso la tramitación de esta solicitud va a ser contradictoria, por su capacidad de afectar al derecho a un proceso con todas las garantías de la parte cuyo acceso a la información puede ser restringido. Los posibles efectos dilatorios que acarree la resolución de la solicitud de confidencialidad respecto de la tramitación de la demanda y los riesgos asociados a ellos tendrán que cubrirse, en su caso, con las medidas procesales específicamente destinadas a prevenirlos, como medidas cautelares o medidas de aseguramiento de prueba.
— La solicitud dirigida a abrir esta pieza separada consistiría en un escrito fundado de solicitud de tratamiento confidencial de información, que se formula en el mismo momento procesal en el que procede la aportación de los documentos o instrumentos cuya declaración como confidenciales se pretende. La solicitud debe acreditar la naturaleza confidencial de la información y señalar las medidas cuya adopción insta el solicitante.

> Los tribunales insisten en la necesidad de que la solicitud sea fundada y detallada. Así, el AJMer Barcelona de 21 de marzo de 2019 señala que «… para activar esta protección es necesario que la parte que afirma la presencia de un secreto empresarial debe alegar y acreditar su existencia de una manera más completa y detallada, más allá de la mera mención, antes trascrita, que ha efectuado la parte demandada en su escrito de oposición a la exhibición documental». En la misma línea, el AAPr Guipúzcoa 72/2020, de 30 de abril, ECLI:ES:APSS:2020:833A, observa que «sobre quien interesa que se adopten medidas de protección para garantizar la confidencialidad de determinada información que se ve obligado a facilitar recae la obligación de precisar qué datos considera protegibles y justificar el carácter confidencial de los mismos que determina que no sean divulgados, siendo insuficiente a estos efectos la mera alegación, sin mayor concreción, de que se trata de materia altamente sensible y confidencial y es susceptible de provocar unos perjuicios irreparables». El Protocolo de Protección del Secreto Empresarial

67. La apertura de una pieza separada aparece en el AAP Zaragoza 61/2021, de 13 de mayo, ECLI:ES:APZ:2021:657ª, en los siguientes términos: «Por último, también el Juzgado deberá cuidar que, con la documentación que se reciba para dar cumplimiento a lo acordado, se forme una pieza separada, que se mantendrá secreta, excepto para los letrados y los peritos. Igualmente, no pudiéndose expedir otras certificaciones ni copias que las destinadas a los mismos».

ante los Juzgados de lo Mercantil también se pronuncia sobre el contenido de la solicitud, y enumera los siguientes elementos, que se consignan textualmente.

- Suficiente fundamentación jurídica sobre la naturaleza de secreto empresarial de la información que se quiere proteger.
- Concreción de la información que se quiere proteger y en qué soporte. Lugar en que se encuentra la información.
- Medidas de protección que se solicitan.
- Suficiente fundamentación del cumplimiento de los principios de necesidad, adecuación, proporcionalidad, concreción, ponderación de los intereses de terceros y menor onerosidad respecto de las medidas que se solicitan.
- Personas que, en su caso, formarán parte del Círculo de Confidencialidad.

— El escrito de solicitud se dirige al tribunal y a las partes del modo que proceda en función del momento procesal de que se trate, pero los documentos o instrumentos sobre cuya confidencialidad versa el incidente se dirigirían únicamente al tribunal. Si entre las medidas de protección que insta el solicitante se encuentra el uso de versiones censuradas de los documentos que se estiman confidenciales, debe aportar estas versiones junto con la solicitud y los documentos originales, dirigidas también únicamente al tribunal hasta que éste se pronuncie sobre la adopción de la medida y, en su caso, la suficiencia de las versiones propuestas. En esta línea, el Protocolo de Protección del Secreto Empresarial ante los Juzgados de lo Mercantil prevé que la documentación confidencial quede excluida del sistema de traslado de documentos entre partes previsto en la LEC, y que se archive en una carpeta segregada del expediente principal.

  Considero que estas actuaciones permiten evitar la necesidad de acordar medidas provisionales de protección hasta que la solicitud se resuelva, que es una posibilidad que también contempla, incluso de oficio, el Protocolo de Protección del Secreto Empresarial ante los Juzgados de lo Mercantil y que se concretaría en algunas como «la custodia física del documento, bajo llave, en las dependencias del Juzgado (Por ej. Despacho del LAJ), en la ausencia de traslado de copias a la otra parte o en caso de expediente digital que se adopten determinadas medidas de seguridad». La contrapartida de no entregar la información controvertida a la parte contraría hasta que se resuelva sobre ella es, como se dirá a continuación, la suspensión del plazo para llevar a cabo la actuación procesal que ésta pudiera realizar tras recibir la información que ha sido retenida por el tribunal.

— Si la solicitud de tratamiento confidencial de la información se asocia a una actuación que se realiza de forma oral, como la formulación de alegaciones complementarias en la audiencia previa o en la vista o la declaración de una parte o de un testigo como medio de prueba, el legislador tendrá que establecer la antelación respecto de tal actuación con la que debe formularse el escri-

to de solicitud, de modo que se resuelva sobre ella antes de la celebración de la actuación oral.

— El tribunal puede rechazar de plano la solicitud si advierte que es completamente infundada —porque claramente está fuera de las circunstancias que permiten calificar de confidencial la información, o porque se formula sin fundamentar— o que entraña fraude procesal porque persigue dilatar el proceso u otras finalidades espurias. La denegación de la solicitud, sea en este momento inicial o sea tras la tramitación normal del incidente, debe otorgar a la parte solicitante un breve plazo para resolver si retira la información sobre la que se solicitó confidencialidad y modifica su posición procesal o si, por el contrario, mantiene su posición procesal y asume el traslado a la parte contraria de la información cuya naturaleza confidencial se ha rechazado. Esta opción asiste solo a la parte que incorpora voluntariamente la información al proceso para sostener su posición procesal, no a la parte a la que se le ordena la aportación de la información como consecuencia de un requerimiento de la parte contraria admitido por el tribunal. Si la parte retira del proceso la información de que se trate, el tribunal no podrá fundar en ella la resolución del asunto.

— La admisión del escrito de solicitud de tratamiento confidencial de la información suspende el plazo que, en su caso, abriera para la parte contraria la actuación procesal a la que la solicitud vaya asociada, como, por ejemplo, el plazo para contestar a la demanda. Es la consecuencia imprescindible de que la información cuya confidencialidad se solicita no sea traslada a la parte contraria hasta que el tribunal no resuelva sobre la solicitud. Con base en el artículo 150 LEC, y aunque no se adecúa exactamente a su presupuesto, el tribunal debe además notificar de oficio la existencia del proceso y, en su caso, la solicitud de tratamiento confidencial, al tercero que pueda resultar titular de la información confidencial (por ejemplo, al titular de la marca cuando el proceso implique a un concesionario o a un franquiciado), para que formule su propia solicitud de tratamiento confidencial de la información o se adhiera a la ya formulada.

— En la misma resolución mediante la que admite a trámite la solicitud, el tribunal convocará a las partes a una vista, para que aleguen y prueben lo que estimen necesario. Si la solicitud de tratamiento confidencial de información se formulase como consecuencia de un requerimiento de la parte contraria (acceso a fuentes de prueba, exhibición documental, diligencias preliminares u otros) que tuviese dispuesto un procedimiento con contestación escrita, las alegaciones relativas a la información confidencial se incorporarán a esta contestación, pero los documentos o información a que se refiera la confidencialidad se dirigirán únicamente al tribunal. Y si la solicitud de tratamiento confidencial de información se formulase como consecuencia de un requerimiento de la parte contraria que tuviese dispuesto un procedimiento con convocatoria de vista directa, la solicitud de tratamiento confidencial de la información requerida debe ser formulada en el plazo que fije el legislador antes de la vista,

para que en la vista sea posible alegar y probar, no solo las cuestiones relativas al requerimiento formulado por una de las partes, sino también las cuestiones que afectan a la confidencialidad de la información alegada por la otra. La vista es también un momento adecuado para que las partes traten de alcanzar un acuerdo en torno a las medidas aplicables en el caso de que el tribunal acoja la alegación de confidencialidad.

> Como se ha dicho, la limitación del derecho a un proceso con todas las garantías que puede derivarse de la declaración de determinada información como confidencial y de las medidas adoptadas pata protegerla determinan la necesidad de que la tramitación y resolución de la solicitud sea en todo caso contradictoria, y la exclusión de la posibilidad de que se realice *inaudita altera pars*. El Protocolo de Protección del Secreto Empresarial ante los Juzgados de lo Mercantil prevé procedimentalmente lo contrario a lo que aquí se propone, es decir que el trámite de audiencia sea escrito como regla, y excepcionalmente oral si concurre con una actuación que prevé la celebración de vista.

5.3.3. *Resolución, recursos, ejecución, gastos y costas*

— El tribunal resolverá mediante auto tras la celebración de la vista. La resolución que estime la solicitud señalará la información que se estime confidencial —el Protocolo de Protección del Secreto Empresarial ante los Juzgados de lo Mercantil insiste en que se delimite con claridad la información que se va a proteger y los documentos o archivos en los que se contiene—; detallará las medidas adoptadas y el modo en que deben ejecutarse; y apercibirá de las sanciones en las que pueden incurrir las partes que no respeten las medidas o la confidencialidad. La relación de las medidas adoptadas incluirá la precisión de los sujetos afectados por ellas, puesto que existen medidas que pueden proyectarse sobre terceros, sobre las partes o sobre ambos. La resolución debe especificar también si las medidas se extinguen con el proceso, o si se prolongan más allá de él.

— La resolución que se pronuncia sobre la confidencialidad es recurrible en reposición con efectos suspensivos. El auto resolutorio de la reposición que estima la confidencialidad es recurrible en apelación, pero ya sin efectos suspensivos; y este recurso tendría que tramitarse y resolverse de manera preferente, puesto que está resultando afectado un derecho fundamental, el derecho a conocer las actuaciones procesales y, por tanto, a un proceso con todas las garantías. El que rechaza la confidencialidad solo es recurrible en apelación si la parte afectada decide retirar la información y modificar su posición procesal. Pero si permite el traslado de la información a la parte contraria y mantiene su posición procesal, se entenderá que se aquieta a la decisión del tribunal y ésta devendrá ya inimpugnable.

— Los gastos que implica la ejecución de las medidas acordadas los sufraga la parte en cuyo interés se han adoptado, pero gran parte de la doctrina considera que deben ser incluidos en las costas finales del proceso[68]. Conceptualmente sería posible puesto que implican un desembolso, si no imperativo e imprescindible, sí completamente necesario para sostener la propia posición procesal y proteger los propios intereses; pero se requeriría para ello de la modificación del artículo 241 LEC, porque no encajan en ninguno de los conceptos previstos en esta norma salvo, en ocasiones, en los relativos a la intervención de peritos. En cuanto a las costas del incidente, deben ser impuestas a la parte que sea totalmente vencida en él. A estos efectos, si la parte contraria a la solicitante se allanase antes de la vista a la pretensión de confidencialidad y a la imposición de las medidas instadas por el solicitante, no sería condenada en costas.
— Si la parte que ha obtenido el reconocimiento de la naturaleza confidencial de información aportada al proceso considera que la parte contraria incumple las medidas adoptadas para protegerla, podrá solicitar del tribunal la imposición de las sanciones previstas para esta circunstancia. Del escrito de solicitud se dará traslado al infractor para alegaciones, y el tribunal resolverá mediante auto, acordando la celebración de vista solo si las partes pretenden la práctica de una prueba pertinente y útil. El auto que resuelva este incidente será recurrible en apelación en todo caso.

6. Bibliografía

Asociación Española para la defensa de la competencia. «Comentarios a la Propuesta de Comunicación de la Comisión Europea sobre la Protección de la información confidencial para la aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales». http://www.aedc.es/documento/comentarios-a-la-propuesta-de-comunicacion-de-la-comision-europea-sobre-la-proteccion-de-la-informacion-confidencial-para-la-aplicacion-privada-del-derecho-de-la-competencia-de-la-ue-por-parte-de-los/ Págs. 1-17.

Benninger, Taylor, Colwell, Courtney, Mukamal, Debbie, y Plachinski, Leah, 2021. *Virtual Justice? A national study analyzing the transition to remote criminal court.* Stanford Law School,. https://law.stanford.edu/publications/virtual-justice-a-national-study-analyzing-the-transition-to-remote-criminal-court/

Cano Galán, Yolanda, 2020. «La seudonimización y la anonimización de datos personales en las sentencias del orden jurisdiccional social», *Documentación Laboral* nº 119, págs. 31-56.

68. Así Marqués Jarque y Gómez García 2020, pág. 78.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, 2021. «Las *European Rules of Civil Procedure* ¿Un punto de partida para la armonización del proceso civil?, *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, vol. 13, nº 1, págs. 277-297.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando y HESS, Burkhard (eds.), 2020. *The future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, Intersentia.

GONZÁLEZ GARCÍA, Saúl, 2019. «La propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes en el proceso civil. ¿Hacia un Derecho Procesal Civil europeo?», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 49, págs. 1-22.

JAEGER, Marc, 2019. *Access to file and confidentiality. The role of the Court of Justice of the European Union.* Opening address of the OCDE 130th Meeting of Working Party 3 on Cooperation and Enforcement, págs. 1-14. Consultable en https://www.oecd.org/daf/competition/access-confidentiality-note-by-Marc-Jaeger.pdf

JIMENA QUESADA, Luis, y TOMÁS MALLÉN, Beatriz, 2021. *Justicia y anonimización de datos personales. Un reto para la digitalización de la Justicia en la era tecnológica*, Tirant lo Blanch.

LLOPIS NADAL, Patricia, 2020. «Harmonisation of confidential information protection in legal proceedigs», en Fernando GASCÓN INCHAUSTI y Burkhard HESS (eds.), *The future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, Intersentia, págs. 161-172.

MASSAGUER FUENTES, José, 2019. «De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales (a propósito de la ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales)», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 51, págs. 46-60

MARQUÉS JARQUE, Ignacio y GÓMEZ GARCÍA, Esther, 2020. «La tutela procesal del secreto empresarial: reflexiones con ocasión del Protocolo de protección del secreto empresarial en los Juzgados Mercantiles de Barcelona», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 1, págs. 63-84.

MILIONE FUGALI, Ciro, 2010. «El derecho a un proceso público en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 14, págs. 549-572.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE 2019. «Developments in international co-operation in competition cases since 2014: monitoring the implementation of the Recommendation of the Council concerning International Co-Operation on Competition Investigations and Proceedings», https://www.oecd.org/daf/competition/access-to-case-file-and-protection-of-confidential-information.htm, págs. 1-37

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, 2021. «El tratamiento procesal de la información constitutiva de secreto empresarial. Especial referencia a las medidas de protección de la confidencialidad de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales». Indret, nº 3, págs. 217-246.

Capítulo 7 | Acceso a la justicia y tasas judiciales en España a la luz de los estándares europeos

*Francisco López Simó**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA EUROPEAS SOBRE LAS TASAS JUDICIALES. 2.1. Normativa de la UE sobre las tasas en los procesos civiles europeos. 2.1.1. *Reglamento del proceso monitorio europeo.* 2.1.2. *Reglamento del proceso europeo de escasa cuantía.* 2.2. Las tasas judiciales en la Propuesta de Directiva de 2017 sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la UE. 2.3. Jurisprudencia europea. 2.4. Estándares europeos sobre las tasas judiciales. 3. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS. 3.1. La regulación de las tasas judiciales en el Derecho español: panorama general de su evolución. 3.2. Rasgos esenciales del régimen jurídico de las tasas vigente en España para el proceso civil. 4. ¿CUMPLE EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL CON LOS ESTÁNDARES EUROPEOS SOBRE LAS TASAS JUDICIALES? 5. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

1. No hace falta insistir aquí, porque es un fenómeno sobradamente conocido, en la importancia creciente del Derecho procesal europeo y su influencia, también creciente, sobre los ordenamientos procesales de los Estados miembros de la UE, tanto en el terreno del proceso penal como en el del proceso civil, que es el que ahora nos interesa[1]. Como se ha señalado, «debe reconocerse que la producción normativa de la Unión Europea con incidencia directa en el proceso civil es abrumadora …» y «debe apreciarse, además, cómo la Unión Europea no solo ha llegado a legislar en materia procesal civil sobre la base de la competencia que le atri-

* Catedrático de Derecho Procesal - Universidad de las Islas Baleares.

1. Vid. al respecto, entre otros trabajos de procesalistas españoles, LOREDO COLUNGA, M., *¿Hacia un Derecho procesal europeo? Reflexiones en torno al proyecto de procedimiento europeo de escasa cuantía,* en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 1/2006, aps. 1 y 4; SERRANO MASIP, M., *Efectos de la jurisprudencia del TJUE sobre el proceso civil interno,* en Revista de Estudios Europeos, núm. 68, jul.-dic. 2016, págs. 5 a 32 (en especial, págs. 6-10, donde esta autora analiza el progresivo desvanecimiento del principio de autonomía procesal de los Estados miembros); y, sobre todo, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización,* ed. Marcial Pons, Madrid 2018, *passim.*

buye el art. 81 TFUE [sic: 'La Unión desarrollará una cooperación judicial *en asuntos civiles con repercusión transfronteriza* …'], sino que también ha hallado título atributivo suficiente en sus competencias en relación con el desarrollo y el buen funcionamiento del mercado interior, o respecto de la protección de los consumidores, que le han permitido obviar los límites que, de lo contrario, confinarían su ámbito de actuación a la litigación transfronteriza»[2].

2. En este contexto, de indudable interés y actualidad[3], se inserta el presente trabajo. El objetivo último de este capítulo y del siguiente es determinar si y en qué medida hace falta reformar el proceso civil español actual para hacerlo más europeo en dos de los aspectos económicos del mismo: las tasas judiciales y la asistencia jurídica gratuita[4].

> Estos dos aspectos del proceso tienen, como es sabido, una característica común que les otorga una gran relevancia: ambos entroncan con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE y art. 47 CDFUE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción: las tasas judiciales como una limitación a dicho derecho, que será admisible mientras los importes de aquéllas no sean tan elevados que impidan a las personas acceder a un proceso judicial para defender sus derechos e intereses legítimos; y la asistencia jurídica gratuita como un mecanismo instituido por el Estado para garantizar a todos el derecho de acceso a los tribunales, incluso a quienes carezcan de recursos económicos suficientes para sufragar los gastos que conlleva el proceso.

Naturalmente, a tal fin es preciso, primero, identificar los *estándares europeos* —esto es, los patrones o criterios de referencia que pueden extraerse de las normas de la UE y de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH— sobre las tasas judiciales y la asistencia jurídica gratuita en el proceso civil; después, confrontar estos estándares con la normativa española al respecto para determinar si ésta los cumple o no; por último, y en el caso de que la respuesta sea negativa —de llegarse a la conclusión

---

2. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional…,* cit., pág. 37; y en la misma página añade este autor: «Los resultados de esta acción normativa de la UE [sic: en materia procesal civil] … no han sido neutros. De hecho, no puede evitarse la percepción —tal vez también la realidad— de que algunos de los elementos introducidos por la legislación europea son extraños o incluso contradictorios con la normativa procesal preexistente en los Estados miembros, con la que están llamados a convivir y que, en muchos casos, es imprescindible para darles efectividad».

3. Sabido es que en 2017 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución con «recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea [2015/2084 (INL)]», en cuyo Anexo B se encuentra el texto articulado de una Propuesta de Directiva en este sentido; y que más recientemente, en 2020, el Instituto Europeo de Derecho (ELI) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) han aprobado las «Reglas Modelo Europeas de Procedimiento Civil», elaboradas conjuntamente por estos influyentes Institutos con el objetivo de establecer a futuro un marco de referencia en el Derecho procesal civil para los responsables políticos, tanto a nivel europeo como nacional.

4. El otro aspecto económico del proceso civil, las costas procesales y cómo de europea es nuestra regulación vigente de las mismas, se abordará en un capítulo posterior de este libro por el Dr. Felip Alba.

de que nuestra normativa acerca de las tasas o la justicia gratuita incumple alguno de esos estándares—, esbozar las principales modificaciones que, a nuestro juicio, habría que hacer en la regulación del proceso civil español actual para que fuese plenamente europeo en tales aspectos económicos.

3. Vamos a empezar el análisis de la *europeidad* de nuestro proceso civil en su dimensión económica por las tasas judiciales, por ser éste, sin duda, el aspecto más polémico[5] y, como consecuencia de ello, el que más cambios ha sufrido en España en las últimas décadas: suprimidas por la Ley 25/1986, de 24 de diciembre; reinstauradas de forma muy limitada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre (art. 35); generalizadas, en plena crisis económica 2008-2013, por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre; nuevamente limitadas por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero; anuladas en buena medida por la STC 140/2016, de 21 de julio… Habrá que ver si, a resultas de todos estos vaivenes, la regulación actual de las tasas judiciales en el proceso civil español es más o menos convergente con Europa, con los estándares de la UE en esta materia que pueden extraerse, fundamentalmente, de las normas reguladoras de dos de los llamados «procesos civiles europeos»: el monitorio, introducido por el Reglamento CE 1896/2006, y el de escasa cuantía, creado por el Reglamento CE 861/2007.

> El Reglamento CE 805/2004 sobre el título ejecutivo europeo[6] no hace referencia alguna a las tasas judiciales en el procedimiento relativo a dicho título ejecutivo europeo, ni en su articulado ni en sus «considerandos» o exposición de motivos[7]. Sí se refiere a las tasas el Reglamento UE 655/2014 sobre la orden europea de retención de cuentas bancarias[8], pero se limita a decir que «Las tasas judiciales

---

5. Tras su supresión en 1986, la reinstauración de las tasas judiciales en España fue duramente criticada por una parte de nuestra doctrina procesal. Vid., por ejemplo, la Introducción de A. De la Oliva Santos a la obra de J. Bentham, *Una protesta contra las tasas judiciales* (trad. G. Rubio de Urquía), Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor-Navarra, 2013, traducida y editada por primera vez en nuestro país al poco de promulgarse la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses: La *Protesta* de Bentham —señala De la Oliva, Introducción, pág. 32— «aborda prácticamente todas las cuestiones que las tasas judiciales suscitan hoy en día lo mismo que al final del siglo xviii: su efecto como factor de denegación de justicia; su pretendida virtualidad mitigadora de la litigiosidad reprochable en mayor o menor grado (por infundada o por trivial); su justificación en la supuesta equidad —en realidad, suma iniquidad— de que quienes usan la Justicia sean quienes la paguen, etc.».

6. *Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados,* DO L 143 de 30.4.2004 (modificado por el Reglamento CE n.º 1869/2005 de la Comisión de 16 de noviembre de 2005, DO L 300 de 17.11.2005, y por el Reglamento CE n.º 1103/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008, DO L 304 de 14.11.2008).

7. Tampoco se hace la menor referencia a las tasas judiciales en este procedimiento europeo en la «Guía práctica para la aplicación del Reglamento relativo al título ejecutivo europeo», elaborada en 2008 por la Comisión Europea y que puede consultarse en el Portal Europeo de e-Justicia:
https://e-justice.europa.eu/287/ES/ejn_s_publications

8. *Reglamento (UE) n.º 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro*

correspondientes a procedimientos para la obtención de una orden de retención o la impugnación de una orden no serán superiores a las exigidas para la obtención de una orden nacional equivalente o una impugnación de dicha orden nacional» (art. 42).

2. Legislación y jurisprudencia europeas sobre las tasas judiciales

2.1. Normativa de la UE sobre las tasas en los procesos civiles europeos

2.1.1. Reglamento del proceso monitorio europeo

El Reglamento 1896/2006 sobre el proceso monitorio europeo[9] (en adelante RPME) se ocupa de las «tasas judiciales» en el art. 25, precepto que, tras prever ciertos límites al monto de las tasas que podrán cobrar los Estados miembros en el PME y en el proceso civil ulterior —el proceso europeo de escasa cuantía, de ser aplicable, o el correspondiente proceso nacional— en caso de oposición del demandado al requerimiento europeo de pago (ap. 1), establece que «*las tasas judiciales incluirán las tasas y derechos que hayan de pagarse al órgano jurisdiccional*, cuyo importe se fijará con arreglo al Derecho nacional» (ap. 2). Y en relación con esta norma, la exposición de motivos del mismo Reglamento nos aclara que «las tasas judiciales contempladas en el art. 25 *no deben incluir, por ejemplo, los honorarios de los abogados* ni los gastos de notificación de documentos por una entidad distinta de un órgano jurisdiccional» (cdo. 26).

Así pues, las tasas judiciales sólo pueden comprender los importes —las «tasas y derechos»— que los litigantes están obligados a pagar a los tribunales de los que reclaman la tutela de sus derechos o intereses para contribuir a financiar el sistema judicial, a sostener los costes estructurales de la Administración de Justicia; o dicho al revés, no podrán incluirse en estas tasas otros gastos procesales, esto es, las cantidades que las partes deban abonar a terceros para iniciar un proceso judicial y en el curso del mismo,

---

transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (DO L 189/59 de 27.6.2014).

9. *Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo* (DO L 399 de 30.12.2006), modificado varias veces, pero principalmente por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de16 de diciembre de 2015 (DO L 341 de 24.12.2015). Manejaré aquí el texto consolidado del RPME, disponible en EUR-Lex:
EUR-Lex - 02006R1896-20170714 - ES - EUR-Lex (europa.eu)
Este Reglamento crea un proceso civil especial de la Unión, siguiendo el modelo del monitorio germánico (de carácter no documental), con la finalidad simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos de naturaleza civil y mercantil relativos a créditos pecuniarios no impugnados, de importe determinado, vencidos y exigibles (art. 1.1 RPME).

tales como los honorarios de los abogados o las indemnizaciones a los testigos (como veremos, esta regla se reitera en otros instrumentos comunitarios).

2.1.2. Reglamento del proceso europeo de escasa cuantía

El Reglamento 861/2007 sobre el proceso europeo de escasa cuantía[10] (en adelante RPEEC) dedica su art. 15 bis a las «tasas judiciales y medios de pago»[11], en el que dispone, de un lado, que las tasas exigidas por un Estado miembro en este proceso europeo «*no serán desproporcionadas*» con respecto a la cuantía de la demanda y, en todo caso, «no serán superiores a las tasas judiciales aplicadas en los procesos judiciales simplificados nacionales en dicho Estado miembro» (ap. 1); y de otro, que los Estados miembros, a fin de facilitar el pago de la correspondiente tasa por la parte que resulte obligada a ello, «garantizarán que *las partes puedan abonar las tasas judiciales por medios de pago a distancia …* ofreciéndoles al menos uno de los medios de pago siguientes: a) transferencia bancaria; b) pago con tarjeta de crédito o débito; o c) adeudo en la cuenta bancaria del demandante» (ap. 2).

> En torno a lo dispuesto en este artículo, los considerandos núms. 14 y 17 del antes mencionado Reglamento 2015/2421 por el que se modifica el Reglamento originario, de 2007, sobre el PEEC, subrayan lo siguiente:
>
> — Que los gastos procesales pueden influir en la decisión de quien quiere iniciar un proceso judicial y, entre estos gastos, particularmente «las tasas judiciales pueden disuadir a los demandantes de ejercer acciones judiciales». Por esto, y a fin de garantizar el acceso a la justicia en el caso de demandas transfronterizas de escasa cuantía, «las tasas judiciales aplicadas en un Estado miembro en el proceso europeo de escasa cuantía *no deben ser desproporcionadas en relación con la demanda*». No obstante, lo anterior «no debe impedir la aplicación de unas *tasas judiciales mínimas razonables*» y, además, «debe entenderse sin perjuicio de *la posibilidad de aplicar, en las mismas condiciones, una tasa distinta a cualquier recurso contra una sentencia* dictada en el proceso

10. *Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía* (DO L 199 de 31.7.2007). Este Reglamento ha sido modificado en varias ocasiones, entre ellas y destacadamente por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 (DO L 341 de 24.12.2015), que mejoró y modernizó el texto original. Aquí emplearé la versión consolidada del RPEEC, que puede consultarse en EUR-Lex: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02007R0861-20170714&from=SL
Este Reglamento crea otro proceso civil especial de la Unión para la tutela del crédito, aplicable a los asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil cuando la cuantía de la demanda no exceda de 5.000 euros, excluidos los intereses, gastos y costas (art. 2.1 RPEEC).

11. Dicho art. 15 bis RPEEC se añadió en 2015, a través de la reforma operada en él por el citado Reglamento 2015/2421. En el texto originario del RPEEC no había ningún artículo dedicado específicamente a las tasas judiciales; lo único que había, en los «considerandos» del Reglamento, era una referencia a los «costes» del PEEC en general (entre ellos, las tasas), en la que básicamente se exigía a los Estados miembros que cuando establecieran los costes de tramitación de este proceso civil europeo tuviesen en cuenta el principio de proporcionalidad (vid. el cdo. 7 del Reglamento 861/2007 en su versión original).

europeo de escasa cuantía» (cdo. 14). Nótese que el legislador comunitario aprueba que los Estados cobren tasas, no sólo por acceder a un proceso judicial mediante la correspondiente demanda, sino también por los recursos que se interpongan contra las sentencias que se dicten a lo largo de ese proceso, siempre y cuando estas tasas judiciales —al igual que aquéllas— sean unas tasas «mínimas razonables» y, en todo caso, «no desproporcionadas» respecto de la cuantía del proceso.

— Que el pago de las tasas judiciales ha de facilitarse por los Estados todo lo posible, y en particular no se debe obligar al litigante que haya de pagar una tasa a desplazarse al lugar en que tenga su sede el tribunal competente o a contratar a un abogado u otro profesional a tal efecto. Por ello, en el caso concreto del PEEC (pero esto es válido también para un proceso civil nacional que, por aplicación de las reglas de competencia, deba seguirse en un lugar muy alejado de aquel en que tenga su domicilio o residencia el demandante o recurrente), el legislador comunitario prescribe que, «a fin de garantizar que también se dé acceso efectivo al proceso a los demandantes situados en un Estado miembro distinto del Estado miembro en que se encuentra situado el órgano jurisdiccional que conozca del asunto, los Estados miembros deben *ofrecer, como mínimo, al menos uno de los medios de pago a distancia* recogidos en el presente Reglamento» (cdo. 17).

Por otra parte, el propio RPEEC (tras su reforma por el Reglamento 2015/2421) añade a las anteriores otras dos consideraciones a tener en cuenta por los Estados miembros en relación con las tasas del PEEC (y que creo que pueden extenderse perfectamente a las de los procesos civiles nacionales). La primera se refiere a que en las tasas judiciales deben incluirse únicamente «las tasas y gastos que hayan de pagarse al órgano jurisdiccional», lo que significa, en sentido negativo, que *las tasas «no deben incluir, por ejemplo, las cantidades transferidas a terceros en el curso del proceso, como los honorarios de abogados, los gastos de traducción, los gastos de notificación de documentos por entidades distintas de los órganos jurisdiccionales o los honorarios o indemnizaciones abonados a peritos o testigos*» (cdo. 15). El legislador comunitario, pues, incide aquí en una idea que ya hemos visto que aparece en el RPME de 2006: la tasa es un «impuesto judicial» y, como tal, sólo puede comprender el importe que ha de pagar quien quiere acceder a un proceso judicial —sea en primera instancia, en segunda…— y con el que el litigante está contribuyendo al sostenimiento de los costes estructurales de la Administración de Justicia; por consiguiente, en ningún caso pueden comprender estas tasas cantidades destinadas a pagar los honorarios de los abogados (o en España, los aranceles de los procuradores), las retribuciones de los peritos, las indemnizaciones a los testigos…, ya que ésta no es su razón de ser.

La segunda consideración de interés relativa a las tasas que se encuentra en el RPEEC, al margen también de lo que expresamente establece en su art. 15 bis (en su exposición de motivos), es la de que «*la información sobre las tasas judiciales y*

los medios de pago (sic. a distancia) … debe ser transparente y fácilmente accesible en internet» (cdo. 21). Es decir, el legislador comunitario quiere —y les impone a los Estados miembros— que todas las personas, en cuanto potenciales litigantes, tengan una información muy clara y de fácil acceso —a través de internet— en torno a todo lo referente a las tasas judiciales en el PEEC (pero esto, una vez más, vale asimismo, en mi opinión, para los procesos civiles nacionales, porque es absolutamente razonable), y en particular sobre su importe y medios de pago, para que de este modo, antes de emprender acciones judiciales, puedan conocer y valorar perfectamente cuánto tendrán que pagar exactamente en concepto de tasa y de qué forma o formas podrán abonarla.

2.2. Las tasas judiciales en la Propuesta de Directiva de 2017 sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la UE

El 4 de julio de 2017 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución «con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea» [2015/2084 (INL)]. Esta Resolución incorpora un extenso Anexo (titulado «*Recomendaciones para una de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión*») que se compone de dos partes: los «Principios y objetivos de la propuesta» de Directiva (parte A del Anexo), y el «Texto de la propuesta» de Directiva (parte B del Anexo)[12]. Aquí nos centraremos en este texto (y, en adelante, me referiré a él como la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo de 2017).

> Es conveniente subrayar lo que proclama la exposición de motivos («considerandos») de dicha Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo de 2017 acerca de su objetivo primordial: «establecer normas mínimas comunes del proceso civil» en la UE y fomentar su aplicación en los Estados miembros «para garantizar un acceso efectivo a la justicia en toda la Unión», puesto que «las disposiciones de la presente Directiva deben aplicarse a los litigios civiles con repercusión transfronteriza», pero «*nada impide que los Estados miembros apliquen la presente Directiva también a casos de justicia civil puramente internos*» (cdos. 6, 8 y 22). En definitiva, parece que la finalidad última que tiene esta Propuesta de Directiva es el establecimiento de normas mínimas del proceso civil en la Unión que constituyan una base sólida para la aproximación y la mejora de las legislaciones nacionales en esta materia, lo que, a su vez, haría posible una cooperación judicial civil más eficiente, rápida y flexible entre todos los Estados miembros de la UE en un clima de confianza recíproca[13].

---

12. El texto —completo, Resolución y Anexo— aprobado por el Parlamento Europeo el 4/7/2017 está disponible on-line: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0282_ES.html

13. Lamentablemente, esta Propuesta de Directiva —cuya tramitación como acto legislativo tendría que haberse iniciado, según el ap. 24 de la citada Resolución del Parlamento Europeo, «a más tardar el 30 de

En lo que interesa aquí, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo de 2017 recoge, en la Sección 3 («acceso a los órganos jurisdiccionales y a la justicia») de su Capítulo II, unas normas mínimas del proceso civil relativas a los diferentes aspectos económicos del mismo, esto es, normas mínimas sobre las tasas judiciales (art. 13), la condena en costas procesales (art. 14), la asistencia jurídica gratuita (art. 15) y la financiación del litigio por un tercero (art. 16). Veamos ahora, por ser el objeto de presente capítulo del trabajo, las normas mínimas sobre tasas en el proceso civil que contiene esta Propuesta de Directiva.

El art. 13 de la Propuesta de Directiva de 2017, que lleva por título «gastos procesales» —aunque, en realidad, se refiere en todo momento sólo a las tasas judiciales—, viene a ser un compendio de la mayoría de las reglas sobre tasas judiciales ya establecidas en anteriores instrumentos comunitarios, especialmente en el RPEEC de 2007 (pero ahora estas reglas, como he apuntado, se formulan de manera que pueden tener un alcance mayor, para su posible aplicación tanto a los procesos civiles transfronterizos de la UE como a los nacionales de los Estados miembros). Dice así este artículo (lo reproduzco literalmente y en su integridad, dado su interés):

> «1. Los Estados miembros velarán por que *las tasas judiciales exigidas por los Estados miembros en los litigios civiles no sean desproporcionadas en relación con el valor de la demanda* y *no imposibiliten o dificulten en exceso el ejercicio de la acción*. [/] 2. Las tasas judiciales de los litigios civiles que se cobran en los Estados miembros *no desalentarán* a los ciudadanos de incoar una causa ante un organismo jurisdiccional *ni obstaculizarán* en forma alguna el acceso a la justicia. [/] 3. Las partes tendrán la *posibilidad de abonar las tasas judiciales mediante medios de pago a distancia,* también desde otro Estado miembro distinto de aquel en que tenga su sede el órgano jurisdiccional, a través de transferencia bancaria o tarjetas de pago de crédito o débito. [/] 4. Los Estados miembros velarán por que la *información sobre las tasas judiciales y los medios de pago*, así como sobre las autoridades y organizaciones competentes para prestar asistencia práctica en los Estados miembros *sea más transparente y fácilmente accesible en internet.* A tal fin, los Estados miembros proporcionarán esa información a la Comisión, que a su vez garantizará que dicha información se ponga a disposición del público y se difunda ampliamente por cualquier medio adecuado, en particular a través del Portal Europeo de e-Justicia»[14].

---

junio de 2018»— no ha prosperado por el momento y no es seguro que llegue a aprobarse, al menos en un futuro próximo (probablemente a causa de los recelos que suscita en algunos Estados miembros de la UE, por verla como una intromisión innecesaria de la Unión en la ya maltrecha autonomía procesal de los Estados). En todo caso, como bien señala GASCÓN INCHAUSTI, op. cit., pág. 92, «es indudable el valor —no solo simbólico— de esta Propuesta y el impacto que tendrá, sin duda, en los desarrollos futuros» de los procesos civiles en Europa.

14. En los «considerandos» de la Propuesta de Directiva únicamente se hace referencia a lo dispuesto en los aps. 3 y 4 del artículo que acabo de reproducir: «El demandante —dice el cdo. 18— no debe verse obligado a viajar al Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto o a contratar a un abogado para el

Así pues, la Propuesta de Directiva de 2017 no pone reparos a que en los países que conforman la UE se cobren tasas judiciales para acceder a un proceso civil, siempre y cuando estas tasas cumplan una serie de reglas básicas que los legisladores nacionales deberán tener en cuenta a la hora de regularlas, a saber: 1ª) no pueden ser desproporcionadas en relación con el valor de la reclamación y, en todo caso, su importe no podrá ser tan elevado que disuada del ejercicio de acciones judiciales; 2ª) han de poder abonarse a través de algún medio de pago a distancia (en concreto, uno de estos por lo menos: transferencia bancaria, tarjeta de crédito y tarjeta de débito), para facilitar su pago al litigante que esté obligado a ello; y 3ª) ha de haber información muy clara (fácilmente comprensible) y de fácil acceso, a través de sitios web nacionales adecuados, sobre las tasas judiciales y los medios de pago de las mismas. Evidentemente, se trata de «normas mínimas» dirigidas a todos los Estados miembros, como indica el propio título de la Propuesta de Directiva, y, por tanto, no cabe esperar que sean muy precisas. Ahora bien, se echa en falta, a mi juicio, una definición, o al menos un criterio orientador, de «tasa desproporcionada» por parte del prelegislador comunitario, a fin de que el factor más relevante de la tasa —su importe— no quede en la más absoluta indeterminación y su concreción por cada uno de los veintisiete legisladores nacionales no sea fuente de problemas en la práctica. Hubiera bastado con que la Propuesta de Directiva, en el mismo art. 13, fijase un porcentaje por encima del cual la tasa será considerada desproporcionada o excesiva y, en consecuencia, inadmisible por imposibilitar o dificultar excesivamente el acceso efectivo a la justicia: podría haber dicho, por ejemplo, que se entenderá que es desproporcionada toda tasa judicial que exceda del *x*% del valor de la demanda. O, recogiendo un criterio que, como veremos, suele utilizar el TEDH a estos efectos, la Propuesta de Directiva podría haber establecido que la tasa exigida por un Estado miembro incurrirá en la desproporción proscrita en el art. 13 si su importe es *x* veces superior al salario mínimo o medio del Estado en cuestión.

> Conforme al orden que estoy siguiendo en esta parte del trabajo, debería ocuparme a continuación de las *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure* (Reglas Modelo Europeas de Procedimiento Civil ELI-UNIDROIT)[15]. No voy a hacer-

---

pago de las tasas judiciales. Con el fin de garantizar el acceso efectivo de los demandantes al proceso, *los Estados miembros deben ofrecer al menos uno de los métodos de pago a distancia previstos en la presente Directiva*. La *información sobre las tasas judiciales y los medios de pago,* así como sobre las autoridades u organizaciones competentes para prestar asistencia práctica en los Estados miembros, *debe ser transparente y fácilmente accesible en internet* a través de sitios web nacionales adecuados».

15. Estas Reglas Modelo Europeas (con las que se pretende en último término —dice Gascón Inchausti, op. cit., pág. 99, refiriéndose al Proyecto de las *European Rules*— brindar «una suerte de Código Procesal Civil modelo para Europa, a través de un conjunto articulado de reglas que aspiran a ofrecer las mejores soluciones a problemas y necesidades procesales comunes») fueron aprobadas por los órganos de gobierno de ELI y de UNIDROIT en el verano 2020 y, poco después, publicadas (en inglés y francés, no hay versión española por ahora), acompañadas de Comentarios, en los sitios web de estos Institutos: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI-UNIDROIT_Rules_18_Feb_2021.pdf

lo, sencillamente porque —s.e.u.o— ninguna de estas reglas se ocupa de las tasas judiciales. En efecto, las Reglas Europeas ELI-UNIDROIT se dividen en doce partes, y en la última de ellas —Parte XII, reglas 239 y ss., titulada «Costs» (costes del proceso)— se encuentran varias reglas relativas a la dimensión económica del proceso civil: costas procesales (reglas 239 a 243), «asistencia letrada» o asistencia jurídica gratuita (regla 244) y financiación de litigios por terceros (regla 245). Por lo tanto, ninguna de las reglas modelo recogidas en la Parte XII de las *European Rules* está dedicada específicamente a la faceta económica del proceso que ahora nos ocupa, las tasas judiciales[16].

2.3. Jurisprudencia europea[17]

Trataré aquí de exponer resumidamente la abundante jurisprudencia europea —del TJUE y, sobre todo, del TEDH[18]— relativa al derecho de acceso a la justicia (derecho implícito en los arts. 6 CEDH y 47 CDFUE, que consagran el «derecho a un proceso equitativo» y el «derecho a la tutela judicial efectiva», respectivamente), y

---

Este es un texto provisional; al comienzo del documento se indica que el texto final revisado de las *European Rules* será publicado por Oxford University Press en 2021 y, posteriormente, se publicará también en los sitios web de ELI y UNIDROIT. No obstante, s.e.u.o. por mi parte, en el momento en que escribo estas líneas (26/5/2022) no ha aparecido todavía ese texto final.

16. La razón por la que en las Reglas Modelo ELI-UNIDROIT no hay regla alguna sobre las tasas judiciales se apunta en la «Introducción» de la Parte XII, en la que, entre otras cosas, fundamentalmente se viene a decir que hay varias cuestiones que tienen un impacto significativo en las costas del litigio y respecto de las cuales existen diferencias importantes entre las legislaciones nacionales de los países europeos: así, hay diversos enfoques sobre la financiación de la Administración de Justicia, dado que algunos países han creado un sistema en el que las tasas judiciales cubren casi por completo los gastos del Estado para sostener la organización jurisdiccional civil, mientras que otros se han decantado por un sistema básicamente gratuito para las partes. Parece, pues, que se ha optado por no incluir en las *European Rules* una regla modelo sobre las tasas judiciales en el proceso civil en vista de que las actuales legislaciones nacionales tienen concepciones muy distintas sobre la financiación de la Justicia a través de las tasas, lo que, inevitablemente, hace que sea muy difícil armonizar la regulación de este aspecto económico del proceso a nivel europeo.

17. Para el desarrollo de este apartado me apoyaré en buena medida, por un lado, en la selección y reseña de la jurisprudencia europea —fundamentalmente del TEDH— sobre las tasas judiciales que realiza Doménech Pascual, G., *Las tasas judiciales a juicio. Comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio,* en InDret. Revista para el análisis del Derecho, enero 2017, apdo. 6.1, págs. 26 y ss., disponible en línea: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5817529
Por otro lado, en la recopilación de la jurisprudencia europea sobre este tema que se encuentra en Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Manual sobre el Derecho Europeo relativo al acceso a la Justicia* (trad. Liébana Ortiz, J.R.), Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2016, cap. 6, págs. 123 y ss., disponible en línea: https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/es/publicaciones/documentos/documento_0082.htm

18. No está de más recordar que los Estados miembros de la UE están sujetos al Derecho de la Unión y también al del Consejo de Europa (en adelante, CdE), ya que todos ellos son, a su vez, miembros de dicho Consejo y signatarios del CEDH de 1950; que, además, la CDFUE de 2000 declara en su preámbulo que pretende reafirmar los derechos reconocidos por —entre otras fuentes— el CEDH y la jurisprudencia del TEDH; y, en fin, que el art. 52 CDFUE señala que los derechos proclamados en la Carta y que tengan correspondencia en el Convenio de 1950, tendrán, al menos, el mismo alcance que éste les confiere (a lo que el art. 53 de la propia CDFUE añade que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa de los derechos consagrados en el Convenio).

más concretamente la jurisprudencia de dichos Tribunales referente a las posibles limitaciones o condicionantes de aquel derecho, entre las que se encuentran precisamente las tasas judiciales.

La *doctrina general* del TEDH acerca de las tasas judiciales —y en concreto, acerca de si condicionar el acceso a la justicia al pago de estos tributos resulta compatible con el derecho a un proceso justo consagrado en el art. 6.1 CEDH— es que las restricciones del referido derecho son admisibles si persiguen un fin legítimo y existe una razonable relación de proporcionalidad entre éste y los medios empleados para alcanzarlo (STEDH Ashingdane c. Reino Unido, 28 mayo 1985, párr. 57; más recientemente, SSTEDH Naït-Liman c. Suiza, CG, 2018, párrs. 114-115, y Oorzhak c. Russia, 2021, párrs. 20-22)[19]. Del art. 6.1 CEDH no se deriva un derecho incondicionado a la gratuidad del proceso; el buen funcionamiento de la Justicia puede justificar que se restrinja económicamente el acceso de las personas a los tribunales (STEDH Kreuz c. Polonia, 19 junio 2001, párrs. 55 y ss.). Las tasas judiciales contribuyen al logro de dos fines plausibles: la financiación del sistema judicial y la reducción del número de litigios injustificados (STEDH Julin c. Estonia, 29 mayo 2012, párr. 160).

No obstante, según el propio TEDH la restricción del derecho a un proceso justo, en su vertiente de derecho de acceso a un órgano jurisdiccional, que entrañan las tasas judiciales puede resultar desproporcionada —y, por tanto, inadmisible— *si su cuantía es excesiva, habida cuenta de diversas circunstancias*[20], y en especial de las siguientes: la capacidad del justiciable para satisfacerlas; la naturaleza del pleito y la razonabilidad de las pretensiones formuladas por los actores (en particular, tratándose de pleitos de naturaleza dineraria); el momento y la fase del proceso en la que han de pagarse; las posibilidades de modular su cuantía y su pago en atención a las singularidades del caso. Sobre tales circunstancias se ha pronunciado el Tribunal de Estrasburgo en varias ocasiones. Veamos, brevemente, qué ha dicho acerca de cada una de ellas.

a) *La capacidad económica del justiciable.* La circunstancia más relevante para determinar si una tasa incurre o no en «desproporción», si su cuantía resulta o no

19. Al igual que en el Derecho del CdE (art. 6.1 CEDH), en el de la UE (art. 47 CDFUE) las limitaciones del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales deben ser proporcionadas y respetar la esencia de este derecho; esto significa que tales limitaciones no deben pasar de lo apropiado y necesario para cumplir objetivos de interés general reconocidos por la Unión o proteger los derechos y libertades de los demás; el Estado debe utilizar siempre la medida menos onerosa disponible: Vid., en este sentido y entre otras, STJUE de 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08, apdos. 63-65).

20. El TEDH, en efecto, ha declarado reiteradamente que la idoneidad de las tasas judiciales depende de las circunstancias concretas de cada caso, que debe apreciarse a la luz de dichas circunstancias si la imposición de una tasa puede llegar a privar al demandante de su derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales: Vid., en este sentido y entre otras, SSTEDH Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido, 13 julio 1995 y Kreuz c. Polonia, 19 junio 2001.

excesiva, es, en la práctica, la capacidad económica de la persona obligada a pagarla. Para valorar dicha capacidad, el TEDH tiene en cuenta principalmente los ingresos de esta persona, comparándolos con el salario mínimo o medio —o con la pensión media— del país de que se trate y con la cuantía de la tasa exigida en el caso concreto; también pondera el TEDH si el obligado es titular o no de bienes que pudiera realizar a fin de pagar la tasa (SSTEDH V.M. c. Bulgaria, 8 junio 2006, párr. 56 y Gospodarczyk c. Polonia, 17 febrero 2009, párr. 35)[21].

> Conectando esta cuestión con la del reconocimiento, en su caso, de la justicia gratuita, el TEDH toma en consideración también si el procedimiento a través del cual las autoridades nacionales deciden eximir o no de las tasas a quienes lo soliciten y merezcan, en atención a su capacidad económica y a otros factores (como la viabilidad de sus pretensiones), reúne las debidas garantías: si el órgano competente para resolver al respecto es imparcial, motiva su decisión, da audiencia previa al solicitante y tiene en cuenta efectivamente su capacidad económica real; si la resolución es recurrible ante los tribunales en el supuesto de que haya sido adoptada por una autoridad administrativa, etc. (SSTEDH Iorga c. Rumanía, de 25 enero 2007, párr. 47, Beian c. Rumanía, de 7 febrero 2008 párrs. 34-37, Serin c. Turquía, de 18 noviembre 2008, párr. 34, Adam c. Rumanía, de 3 noviembre 2009, párrs. 29 y ss., Kaba c. Turquía, de 1 marzo 2011, párrs. 22 y 24, Hüseyin Özel c. Turquía, de 10 enero 2012, párr. 29, Alkan c. Turquía, de 7 febrero 2012, párrs. 26 y 27, y Ilbeyi Kemaloglu y Meriye Kemaloglu c. Turquía, de 10 abril 2012, párrs. 52 y 53)[22].

b) *La naturaleza del pleito y la razonabilidad de las pretensiones formuladas por los actores (especialmente, en los pleitos de naturaleza dineraria).* La naturaleza del pleito es un factor igualmente relevante a la hora de enjuiciar si la tasa exigida resulta o no desproporcionada. A este respecto, el TEDH ha venido a

---

21. Vid. al respecto, además, las SSTEDH Kreuz c. Polonia, de 19 junio 2001, Jedamski y Jedamska c. Polonia, de 26 julio 2005, Weissman y otros c. Rumanía, de 24 mayo 2006, Malahov c. Moldavia, de 7 junio 2007 y Mehmet y Suna Yigit c. Turquía, de 17 julio 2007, dictadas por este Tribunal en asuntos en los que la tasa judicial exigida era varias veces superior a los ingresos mensuales del demandante, relativamente escasos comparándolos con el salario mínimo o medio o con la pensión media del país en cuestión. Estas sentencias del Tribunal de Estrasburgo las recoge y comenta brevemente DOMÉNECH PASCUAL, *Las tasas judiciales a juicio…,* cit., págs. 29-30. Según este autor, a la vista de la jurisprudencia del TEDH sobre este importante factor de las tasas judiciales (la capacidad económica del justiciable para satisfacerlas), se puede concluir que una tasa de un importe entorno a dos veces superior a los ingresos mensuales de una persona, es una proporción que entra probablemente dentro de los márgenes de lo que el TEDH ha considerado admisible desde la óptica del derecho a un proceso justo del art. 6.1 CEDH: «Desde luego, no hemos podido encontrar —añade— alguna sentencia suya [sic. del TEDH] en la que se estime desproporcionada una tasa cuya cuantía, dividida por el salario mensual del obligado, fuese igual o inferior, fuera de los casos en los que el afectado tenía derecho a la asistencia jurídica gratuita» (ID., op. cit., pág. 30).

22. En las tres primeras sentencias citadas, y también en la del caso Onar y otros c. Turquía, de 16 diciembre 2014, como señala DOMÉNECH PASCUAL (op. cit., págs. 28-29), el TEDH enjuició asuntos en los que la tasa judicial impuesta era relativamente modesta en relación con el salario mínimo o medio existente en el Estado demandado, pero las autoridades nacionales habían denegado injustificadamente su exención a pesar de la alegada —y, por lo general, acreditada— falta de recursos para litigar del demandante, por lo que el Tribunal de Estrasburgo terminó apreciando en todos ellos la violación del derecho a un proceso justo.

afirmar, básicamente, que el margen de los Estados para fijar el importe de la tasa judicial es mayor en los pleitos de naturaleza dineraria que en los concernientes al estado civil de las personas, como es el caso de un proceso de divorcio (STEDH Kniat c. Polonia, de 26 julio 2005, párr. 41), o que en los que se discuten hechos que revisten una enorme gravedad, como es el caso de un proceso de reclamación de los daños derivados de la causación deliberada de lesiones a una persona por parte de agentes públicos (STEDH Ciorap c. Moldavia, de 19 junio 2007, párr. 95, en la que se declaró que el actor debería haber quedado exento de pagar la correspondiente tasa, con independencia de su capacidad económica, en atención a la gravedad de los hechos).

> En la citada STEDH Kniat c. Polonia de 2005 se señala en ese sentido que «mientras que en los casos relativos a acciones pecuniarias puede decirse que hay una relación directa entre el objeto del procedimiento y la tasa judicial, ya que la tasa depende de la cantidad que la persona interesada ha escogido demandar, no hay tal vínculo en los casos concernientes a reclamaciones de derechos no patrimoniales. Además, no parece que la obligación de efectuar un pago especial para tramitar un caso de divorcio estuviera justificada en interés de la Justicia».

Y en relación con los *litigios de carácter pecuniario* (reclamaciones de cantidad), debe señalarse que el TEDH ha considerado perfectamente compatible con el derecho a un proceso justo que la cuantía de las tasas judiciales dependa de la importancia de la cantidad reclamada por el demandante (criterio utilizado en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa y que el TEDH no cuestiona en ningún momento). El TEDH apunta que este criterio, además, favorece la razonabilidad de las pretensiones procesales formuladas por los actores (SSTEDH Kupiec c. Polonia, de 3 febrero 2009, párrs. 47 y 49, Perdigão c. Portugal, de 10 noviembre 2010, párr. 48, Urbanek c. Austria, de 9 diciembre 2010, y Harrison Mckee c. Hungría, de 3 junio 2014, entre otras).

> En la citada STEDH Urbanek c. Austria de 2010, que enjuició un caso en el que al demandante (acreedor en un proceso concursal) se le había impuesto la obligación de pagar una tasa judicial de 29.829,50 €, resultante de multiplicar la cuantía reclamada por 1,2% y sumarle una cuota fija de 1.509 €, el TEDH declaró que no hubo violación del derecho a un proceso justo, advirtiendo para ello que «no hay nada inusual en un sistema en el que las tasas judiciales a satisfacer por reclamaciones pecuniarias dependen de la cantidad objeto de la controversia». En la también citada STEDH Kupiec c. Polonia de 2009, que resolvió un caso en que se había exigido al actor el pago de una tasa judicial de 29.100 slotis polacos = 6.768,95 € por haber formulado una demanda por valor de 1.400.000 slotis = 325.654 € (aunque después aquella cantidad se redujo a 5.820 slotis = 1.353,79 €, al obtener el demandante una exención del 80% del tributo como consecuencia de su situación económica), el TEDH consideró que la obligación de pagar esa tasa no supuso una restricción desproporcionada del derecho a un justo proceso, pues «la indemnización reclamada por el demandante era extremadamente exagerada y no

realista. Si el demandante hubiese reclamado una cantidad más razonable, las tasas judiciales hubiesen sido menores»; y que «los demandantes que deliberadamente inflan el valor de sus reclamaciones de indemnización no pueden esperar quedar enteramente exentos del pago de las tasas judiciales o de la exigencia de contribuir en una razonable cuantía a los costes de tramitar la acción».

c) *El momento y la fase del proceso en que han de pagarse las tasas judiciales.* El TEDH también concede importancia, para determinar si una tasa representa una limitación desproporcionada —y, por tanto, inaceptable— del derecho a un proceso justo, al momento y la fase procesal en que debe abonarse. Efectivamente, por un lado, estima el TEDH que los Estados tienen un margen mayor para establecer cuantías más elevadas cuando la tramitación del proceso no está condicionada al previo pago del tributo, es decir, cuando el abono de la tasa judicial no es requisito de admisibilidad de la pretensión procesal (véase especialmente la STEDH Urbanek c. Austria, de 9 diciembre 2010, párr. 56)[23]. Por otro lado, el TEDH viene a decir que el umbral de lo admisible es menor en la primera instancia que en las ulteriores, o expresado de otra forma, que las tasas impuestas por los Estados para recurrir una sentencia pueden ser más altas que las exigidas para demandar, ya que en este caso está en juego el acceso a los tribunales (véanse las SSTEDH Podbielski y PPU Polpure c. Polonia, de 26 julio 2005, párr. 65, Teltronic-Catv c. Polonia, de 10 enero 2006, párr. 61, Weissman y otros c. Rumanía, de 24 mayo 2006, párr. 42, Iorga c. Rumanía, de 25 enero 2007, y Polejowski c. Polonia, de 4 marzo 2008, párr. 33).

d) *La flexibilidad de la regulación de las tasas (posibilidades de modular su cuantía y su pago en atención a las singularidades del caso).* Otro factor de las tasas que se pondera por el TEDH es la flexibilidad de la regulación, es decir, que ésta prevea la posibilidad de aplazar o fraccionar su pago, así como la de obtener una exención —parcial o total, provisional o definitiva— de las mismas, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (STEDH Urbanek c. Austria, de 9 diciembre 2010, párrs. 62 y ss., antes citada).

Por último, en relación con este factor (flexibilidad de la regulación de las tasas y, en particular, posibles exenciones de las mismas), la jurisprudencia europea ha declarado reiteradamente que condicionar el acceso al proceso de una sociedad mercantil carente de recursos para litigar —por encontrarse, por ejemplo, en una situación de insolvencia o limítrofe con ella— al pago de una tasa judicial significativa constituye una vulneración del art. 6.1 CEDH, rechazando el argumento, esgrimido generalmente en estos casos por los Estados demandados, de que los promotores de esas entidades deben contar con la contingencia de tener

23. No obstante, en la sentencia Stankov c. Bulgaria, 2007, párr. 53, el TEDH sostuvo que las importantes tasas judiciales impuestas al final del procedimiento también podían equivaler a una restricción desmedida del derecho a un tribunal (vid. asimismo SSTEDH, Černius y Rinkevičius c. Lituania, 2020, párrs. 68-69 y 74, Taratukhin c. Rusia, dec., 2020, párr. 36 y ss., Čolić c. Croacia, 2021, párrs. 58-59).

que litigar y, por tanto, han de reservar los fondos necesarios para satisfacer las correspondientes tasas (véanse, en esta línea, las SSTEDH Podbielski y PPU Polpure c. Polonia, de 26 julio 2005, Teltronic-Catv c. Polonia, de 10 enero 2006, FC Mretebi c. Georgia, de 31 julio 2007 y Paykar Yev Haghtanak Ltd c. Armenia, de 20 diciembre 2007, así como la STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-279/09).

2.4. Estándares europeos sobre las tasas judiciales

De la legislación y jurisprudencia europeas sobre las tasas judiciales en el proceso civil que terminamos de examinar, a mi juicio pueden extraerse, fundamentalmente, los siguientes estándares o criterios de referencia en relación con este aspecto económico del proceso:

— El derecho de acceso a los tribunales no es absoluto, ni en el Derecho del CdE (art. 6 CEDH) ni en el de la UE (art. 47 CDFUE); se puede limitar o restringir por normas nacionales para velar por una Administración de Justicia eficiente, siempre que las restricciones no atenten contra la esencia misma de este derecho. Y una de las limitaciones posibles es el establecimiento por los Estados del requisito de pagar tasas judiciales para acceder a un proceso judicial, lo que puede estar justificado por razones presupuestarias y para eliminar demandas frívolas o infundadas (jurisprudencia europea reiterada).
— Las tasas judiciales sólo pueden incluir «las tasas y derechos que hayan de pagarse al órgano jurisdiccional», esto es, los importes que se deben abonar en algunos casos para acceder servicio público de Justicia y con los que los litigantes están contribuyendo al sostenimiento de sus costes estructurales. No podrán comprender, pues, las cantidades que hayan de pagarse a terceros en el curso del proceso, como, por ejemplo, los honorarios de los abogados o de los peritos o las indemnizaciones a los testigos, porque su finalidad no es cubrir tales cantidades (RPME y RPEEC).
— Las tasas judiciales exigidas por los Estados no deben ser «desproporcionadas» en relación con el valor de la reclamación, a fin de no obstaculizar o imposibilitar el ejercicio de acciones judiciales por los eventuales demandantes (RPEEC y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo de 2017).

  En la práctica, la circunstancia más relevante para determinar si una tasa incurre o no en «desproporción» —y, por tanto, si supone o no una restricción inadmisible del derecho a un proceso justo— es la capacidad económica de la persona obligada a pagarla; y para ello hay que tener en cuenta, principalmente, los ingresos de esta persona, comparándolos con el salario mínimo o medio (o con la pensión media) del país en cuestión y con la cuantía de la tasa exigida en el caso concreto (jurisprudencia europea reiterada).
— Además de la tasa para acceder a un proceso judicial (para demandar), los Estados pueden exigir, en las mismas condiciones, una tasa distinta para recu-

rrir, para poder interponer recursos contra las sentencias dictadas en el curso del proceso (RPEEC).

Las tasas exigidas para acceder, a través de un recurso, a la segunda y ulteriores instancias pueden ser más altas que las exigidas para demandar, porque, al estar en juego en este caso el derecho de acceso a los tribunales, el umbral de lo admisible es menor en la primera instancia (jurisprudencia europea reiterada).

— El momento procesal y la naturaleza del pleito en que debe abonarse la tasa judicial son también factores importantes para determinar si ésta representa o no una limitación desproporcionada del derecho a un proceso justo: se considera, por una parte, que los Estados tienen un margen mayor para establecer tasas de cuantías más elevadas cuando la tramitación del proceso no está condicionada al previo pago del tributo; y por otra, que el margen de los Estados para fijar el importe de la tasa es mayor en los pleitos de naturaleza dineraria que en los concernientes, por ejemplo, al estado civil de las personas (jurisprudencia europea reiterada).
— Es perfectamente compatible con el derecho a un proceso justo que la cuantía de las tasas judiciales dependa de la magnitud de las cantidades reclamadas por los demandantes en cada caso concreto. Este criterio —empleado en la mayoría de los Estados miembros del CdE— favorece, además, la razonabilidad de las pretensiones formuladas por los actores (jurisprudencia europea reiterada).
— La regulación de las tasas judiciales ha de ser flexible, contemplándose en ella la posibilidad de aplazar o fraccionar su pago, así como la de obtener diversas exenciones (totales o parciales, definitivas o provisionales) de las mismas en función de la situación económica de los sujetos pasivos (jurisprudencia europea reiterada).
— Las tasas judiciales, para facilitar su pago a las partes, han de poder abonarse a través de algún medio de pago a distancia, y más concretamente a través de, al menos, uno de estos: transferencia bancaria, tarjeta de crédito o de débito, adeudo en cuenta bancaria (RPEEC y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo de 2017).
— Finalmente, los Estados deben ofrecer a sus ciudadanos información transparente y fácilmente accesible en internet, a través de sitios web nacionales adecuados, sobre las tasas judiciales y los medios de pago de las mismas (RPEEC y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo de 2017).

3. Legislación y jurisprudencia españolas

3.1. La regulación de las tasas judiciales en el Derecho español: panorama general de su evolución

Como es sabido, en España se exigió durante mucho tiempo el pago de tasas judiciales por distintas actuaciones procesales, estando encomendada la gestión de las mismas al Secretario Judicial y destinándose su recaudación a la remuneración de

los integrantes de los órganos jurisdiccionales. No obstante, la *Ley 25/1986, de 24 de diciembre,* apelando a los valores constitucionales expresados en los arts. 1, 9.2º y, especialmente, 24 y 119 CE, suprimió con carácter general estos tributos (incluidos los que se devengaban por las actuaciones del Registro Civil) y estableció, por tanto, la gratuidad total de la Administración de Justicia española[24].

El art. 35 de la *Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social* (Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2003), recuperó en el ámbito de nuestra Administración de Justicia la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque con un alcance muy limitado[25]. Esta norma, en efecto, circunscribió las tasas a los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo (art. 35-Uno, ap. 1) y a ciertas personas jurídicas (sólo grandes empresas), ya que las personas físicas, las entidades sin fines lucrativos que hubieran optado por el régimen fiscal especial de la Ley 49/2002, las entidades total o parcialmente exentas en el impuesto sobre sociedades y las entidades de reducida dimensión según la normativa reguladora de dicho impuesto estaban, en todo caso, exentas de estas tasas (arts. 35-Dos y 35-Tres, ap. 2). Por lo demás, la cuantía de la tasa venía dada por un factor fijo, en función de la clase de proceso o recurso, y por un factor variable, en función de la cuantía de la demanda o recurso (art. 35-Seis)[26].

Esa normativa de 2002, tras ser objeto de varias reformas parciales, finalmente fue derogada y sustituida, en plena crisis económica —la llamada «Gran Recesión 2008-2013»—, por la *Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Na-*

---

24. El Preámbulo de dicha Ley 25/1986 justificó la supresión de las tasas judiciales en nuestro país, primordialmente, con este argumento: «En el ámbito de la Administración de Justicia los valores constitucionales (sic. expresados en los arts. 1 y 9, párr. 2º CE) se manifiestan en el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, reconocido en el art. 24 de la propia Constitución. *El que, además de la justicia se manifiesten también la libertad y la igualdad, y el que todas ellas sean, como quiere la Constitución, reales y efectivas depende de que todos los ciudadanos puedan obtener justicia cualquiera que sea su situación económica o su posición social*. [/] La Constitución, consciente de esta realidad, previene, en el art. 119, que "la justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar"» (las cursivas son mías).

25. Curiosamente, en la E. de M. de esta Ley —s.e.u.o. por mi parte— no se decía nada, ni una sola palabra, acerca de por qué se reintroducía en nuestro ordenamiento la figura de las tasas judiciales, más allá de una vaga referencia a que «La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003 establece determinados objetivos de política económica, cuya consecución hace necesario o conveniente la aprobación de diversas medidas normativas que permiten una mejor y más eficaz ejecución del programa del Gobierno, en los distintos ámbitos en que aquél desenvuelve su acción. [/] Este es el fin perseguido por la presente Ley que, al igual que en años anteriores, recoge distintas medidas referentes a aspectos tributarios (…)».

26. El factor fijo oscilaba entre los 90 euros para la interposición de la demanda de juicio verbal, monitorio o cambiario en el orden civil y los 600 euros para la interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal en el orden civil y de casación en el los órdenes civil y contencioso-administrativo; y el factor variable resultaba de aplicar el tipo de gravamen correspondiente según la siguiente escala: de 0 a 1.000.000 €: tipo 0,5 %, resto: tipo 0,25%, máximo 6.000 € (art. 35-Seis de la Ley 53/2002).

cional de Toxicología y Ciencias Forenses[27], que volvió a generalizar las tasas judiciales en nuestro ordenamiento. Efectivamente, desde la entrada en vigor de esta Ley, que se produjo el 22/11/2012, se exigieron tasas en todos los órdenes jurisdiccionales, excepto el penal (por sus características especiales de acceso a la justicia), y no sólo a las personas jurídicas —todas, sin ningún tipo de restricción—, sino también a las personas físicas (previéndose a la vez, por supuesto, la exención subjetiva de aquellas a quienes se reconozca el derecho a la asistencia jurídica gratuita), efectuándose asimismo una ampliación sustancial de los hechos imponibles[28].

Dicha Ley 10/2012, de 20 de noviembre (en adelante, Ley de Tasas Judiciales o abreviadamente LTJ 2012), mantuvo diversos aspectos de la regulación de las tasas judiciales que ya estaban previstos en el art. 35 de su antecesora, la Ley 53/2002: es el caso, entre otros, del criterio de determinación del importe de la tasa con arreglo a dos factores, una cantidad variable, en atención a la cuantía del proceso o recurso (concretamente, de 0 a 1.000.000 €: tipo 0,5%, resto: tipo 0,25%, máximo variable: 10.000 €), y otra fija, en atención a la clase de proceso o recurso (desde los 100 euros para la presentación de la petición inicial del proceso monitorio, nacional o europeo, y la interposición de la demanda incidental en el proceso concursal, hasta los 1.200 euros para la interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal en el orden civil y de casación en el los órdenes civil y contencioso-administrativo) (arts. 6 y 7.2, y art. 7.1, respectivamente, de la LTJ 2012)[29].

---

27. La regulación de las tasas judiciales se encuentra concretamente en el Tít. I, arts. 1 a 11 de esta Ley.

28. El Preámbulo de la Ley 10/2012 (ap. I), tras recordar que «El derecho a la tutela judicial efectiva no debe ser confundido con el derecho a la justicia gratuita. Se trata de dos realidades jurídicas diferentes. (…)», señala, en relación con la generalización de las tasas judiciales que esta Ley llevó a cabo, que «La Ley pone todo el cuidado en que la regulación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social no afecte al derecho a acceder a la justicia como componente básico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24 de la Constitución, de acuerdo con la jurisprudencia a este respecto del Tribunal Constitucional. [/] *La reciente sentencia del Tribunal Constitucional* (sic. STC 20/2012, de 16 de febrero) *no sólo ha venido a confirmar la constitucionalidad de las tasas, sino que además expresamente reconoce la viabilidad de un modelo en el que parte del coste de la Administración de Justicia sea soportado por quienes más se benefician de ella.* [/] *Con esta asunción por todos los ciudadanos que recurren a los tribunales de parte del coste que ello implica se pretende racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, al mismo tiempo que la tasa aportará unos mayores recursos que permitirán una mejora en la financiación del sistema judicial y, en particular, de la asistencia jurídica gratuita* (…)» (las cursivas son mías).

29. Poco después de promulgarse, la LTJ 2012 fue objeto de una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Terrassa (Barcelona), que interrogaba al TJUE sobre su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 47 de la CDFUE; el Juzgado alegaba que la ley de tasas española —y en particular, la tasa exigida para la interposición de un recurso de apelación— erigía un obstáculo desproporcionado al ejercicio de este derecho fundamental. Pero el TJUE, en Sentencia (Sala Segunda) de 27 de marzo de 2014, asunto C-265/13, se declaró incompetente para pronunciarse sobre nuestra LTJ, por considerar que esa cuestión no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE. Un extracto de los argumentos principales de esta STJUE, con un enlace al texto completo de la misma, está disponible en línea: https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-justicia-europea-se-declara-incompetente-para-pronunciarse-sobre-la-ley-de-tasas-judiciales-de-gallardon/

La LTJ 2012 ha sido reformada en varias ocasiones[30]; sobre todo, por el *Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero,* que introdujo diversas modificaciones en aquella Ley, siendo la más importante de ellas la ampliación de las exenciones y, en particular, la supresión de nuevo de la tasa judicial para las personas físicas en todas las jurisdicciones e instancias, ante el fuerte rechazo que produjo en ámbitos jurídicos y sociales la generalización de las tasas judiciales.

Además, la LTJ 2012 resultó muy afectada por la *Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 140/2016, de 21 de julio*[31], que declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de diversos preceptos de esta Ley en su aplicación a las personas jurídicas (respecto de las personas físicas, al haberlas eximido el Real Decreto-Ley 1/2015 del pago de la tasa, el TC apreció la pérdida sobrevenida del objeto del recurso de inconstitucionalidad[32]). Básicamente, dicha STC anuló, con respecto a las personas jurídicas, la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil, en el orden contencioso-administrativo y en el orden social[33], si bien en el primero de ellos —orden civil— se mantuvieron para la primera o única instancia del proceso las cantidades fijas (las establecidas en función de cada clase de proceso) exigidas por el art. 7.1 de la Ley, al no haber sido objeto del recurso de inconstitucionalidad[34].

> La referida STC 140/2016, trascendental en el tema que nos ocupa —al margen de que se comportan o no muchos de sus postulados[35]—, resolvió el recurso de

30. Por el RD-Ley 3/2013, de 22 febrero, y el RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero. El primero de ellos lo que hizo, básicamente, fue reducir la cantidad variable de la tasa para las personas físicas: el tipo aplicable de 0 a 1.000.000 € del 0,5% al 0,10%, y el máximo de 10.000 € a 2.000 € (nuevo ap. 3 del art. 7 LTJ, añadido a esta Ley por el art. 1-Ocho de dicho RD-Ley 3/2013).

31. Publicada en BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016, págs. 60553 a 60592.

32. Vid. al respecto el FJ 2 y los puntos 1º y 2º del Fallo de la sentencia.

33. Sobre el alcance exacto de la nulidad declarada por esta sentencia, vid. puntos 3º y 4º de su Fallo.

34. Vid. al respecto el FJ 11 de la sentencia.

35. Esta STC ha sido objeto de numerosas y severas críticas, que suscribo en gran medida, pero en las que no puedo detenerme aquí: Vid., entre otros, Doménech Pascual, G., *Las tasas judiciales a juicio. Comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio,* cit., págs. 33 y ss.; García, I., *Algunes reflexions critiques a la llum de la Sentència 140/2016 del Tribunal Constitucional: De nou, sobre les taxes judicials,* en Món Jurídic, Revista de l'I·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, núm. 308 (2016), págs. 8 y 9; y Vallespín Pérez, D., *Comentario a la STC 140/2016, de 21 de julio, sobre tasas judiciales,* en Rev. Foro, Nueva época, vol. 19, núm. 2 (2016), págs. 377-394. Como señala este último autor (op. cit., págs. 390-391), la STC 140/2016 «no ha escapado a importantes críticas de un sector doctrinal por desconocer o no ponderar que en la mayoría de países europeos existen tasas judiciales de cuantías muy superiores a las previstas en la Ley 10/2012, por no conocer en su integridad la jurisprudencia del TEDH o por utilizar un criterio especialmente restrictivo en orden a evaluar su proporcionalidad, así como de otro sector de la doctrina por todo lo contrario, esto es, por haber sido dictada con un claro efecto de contención de sus efectos, en el sentido de afirmar, por ejemplo, en su fundamento jurídico 11, que no se ha formulado ninguna cuestión sobre la cuota fija establecida en el art. 7.1 de la Ley impugnada por lo que hace referencia a los procesos civiles en primera o única instancia, lo cual impide al TC pronunciarse sobre esta cuestión (cuando lo cierto es que si se analiza el contenido del texto del recurso cabe apreciar lo que bien podría constituir una «incongruencia por omisión»,

inconstitucionalidad planteado por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso contra la Ley 10/2012, de 20 de noviembre. Esencialmente, el TC declaró en esta sentencia la inconstitucionalidad y nulidad de la tasa judicial estatal prevista en la Ley 10/2012[36] tanto para el acceso a la jurisdicción —para iniciar un proceso judicial— en el orden contencioso-administrativo (en el orden social no se exigían tasas para demandar y en relación con el orden civil no se formuló, según el TC, cuestión alguna sobre la cuota fija exigida para iniciar el proceso) como para la interposición de recursos en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, al considerar que las desproporcionadas cuantías establecidas por la Ley vulneraban el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). A juicio del TC, *a priori,* el establecimiento de tasas para el ejercicio de acciones judiciales en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social por la Ley 10/2012 no vulnera el derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 CE, ni tampoco el principio de gratuidad de la justicia del art. 119 CE, pues se contemplan supuestos de exención y de pago flexible para aquellas personas que no cuenten con suficientes recursos para litigar. Hecha esta aclaración, con base en los argumentos de los recurrentes —y rechazando las alegaciones del Abogado del Estado—, el TC concluyó que, sin embargo, las cuantías de las tasas resultaban desproporcionadas y, en consecuencia, podían producir un efecto disuasorio a la hora de acudir los justiciables a los tribunales en el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo expresó, en el FJ 12 de esta sentencia, en relación con la cuantía fija de la tasa exigida para poder recurrir: «En definitiva, no se aprecia razón y justificación alguna que acredite que se haya tenido en cuenta que las cuantías establecidas por el art. 7 de la Ley 10/2012, para la interposición de recursos, se adecuen a una capacidad económica que no exceda de la que pueda poseer una persona; razón por la que esas tasas resultan contrarias al art. 24.1 CE»[37]. Adviértase que, por tanto, lo que resulta inconstitucional según el TC no son las tasas judiciales en sí

---

ya que el vicio de inconstitucionalidad no es imputado, en exclusiva y de forma aislada, a preceptos concretos de la Ley 10/2012, sino a su efecto «combinado», pues toda ella configura un sistema legal cerrado de recaudación tributaria que limita de forma irrazonable y discriminatoria el ejercicio de los derechos fundamentales e incorpora soluciones contrarias a los principios básicos del texto constitucional; que uno de los preceptos impugnados es, precisamente, el art. 7.1 de Ley, y, finalmente, que todo ello implica una vulneración del llamado principio de capacidad económica en materia tributaria, principio éste de carácter general y, en consecuencia, vinculado con todos los órdenes jurisdiccionales —también el civil—)».

36. La STC 140/2016 no alcanza, pues, a las posibles tasas judiciales autonómicas (que en ningún caso podrán gravar los mismos hechos imponibles que las estatales: art. 1, inciso 2º LTJ 2012). Por lo tanto, si el proceso se desarrolla en el territorio de una Comunidad Autónoma que haya aprobado el cobro de tasas, éstas se deberán seguir abonando por los justiciables (es el caso de Cataluña, que instauró su propia tasa judicial mediante la Orden JUS/303/2014, de 13 octubre).

37. Y en relación con la cuota variable de la tasa, dijo el TC, en el FJ 13 de la misma sentencia, que también resultaba contraria al art. 24.1 CE porque «Dicha cuota variable comporta recaudar una segunda cantidad en función de un porcentaje determinado sobre el valor económico del litigio (…). Así regulada, esta cuota variable eleva innecesariamente la carga económica de la entidad actora o recurrente en todos los grados de la jurisdicción en los que satisface su pago, sin que sea posible discernir a qué criterio responde su exigencia, puesto que la memoria del análisis de impacto normativo nada aclara sobre el particular».

mismas, sino su cuantía desmesurada, que acarrea un impedimento injustificado para el acceso a la Justicia en sus distintos niveles[38].

3.2. Rasgos esenciales del régimen jurídico de las tasas judiciales vigente en España para el proceso civil

Como consecuencia de todos esos cambios descritos —las reformas legislativas operadas en el texto original de la LTJ 2012 y la anulación por el TC de determinados preceptos de esta Ley por inconstitucionales—, el régimen jurídico actual de las tasas judiciales en España, en el orden civil (único orden jurisdiccional que interesa aquí y, en cualquier caso, el único en el que ahora se exigen estos tributos), es el que a continuación se expone resumidamente y sólo en sus aspectos más relevantes a los efectos de este trabajo.

La tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional regulada en la LTJ 2012 es un tributo de carácter estatal con el que, a base de que una parte del coste de la Administración de Justicia sea asumido por quienes recurren a ella, *se pretende* racionalizar dicho ejercicio de la potestad jurisdiccional y, al mismo tiempo, obtener mayores recursos económicos que permitan una mejora en la financiación del sistema judicial (y, en particular, de la asistencia jurídica gratuita). Puesto que la tasa judicial es el tributo exigido en algunos casos por acudir a los tribunales del Estado y hacer uso del servicio público de Justicia, la determinación de la carga tributaria no se hace a partir de la capacidad económica del contribuyente —el litigante—, sino del coste del servicio público prestado, que nunca puede superarse (aps. I y II del Preámbulo y arts. 1, 9 y 11 LTJ).

> Con la cantidad que en determinados supuestos el litigante paga en concepto de tasa para acceder a un proceso judicial está contribuyendo, por tanto, al sostenimiento de los costes estructurales de la Administración de Justicia (gastos de personal y de funcionamiento ordinario de ésta, sin los cuales no podría desarrollarse ningún proceso), que son sufragados por el Estado o por las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia. La finalidad de la tasa judicial es, pues, muy clara y constitucionalmente legítima, según el TC: contribuir a «financiar el servicio público de la Administración de Justicia con cargo a los justiciables que más se benefician de la actividad jurisdiccional, disminuyendo correlativamente la financiación procedente de los impuestos», a cargo de todos los ciudadanos (STC de 11 de octubre de 2012, recogiendo la doctrina ya sentada por el Tribunal en este sentido).

---

38. Con posterioridad a la STC 140/2016 y remitiéndose a la doctrina sentada en ella, el propio Tribunal Constitucional ha dictado, que sepamos, otras cuatro sentencias relativas a las tasas judiciales reguladas en la Ley 10/2012: la STC-Pleno 227/2016, de 22 de diciembre; la STC-Pleno 47/2017, de 27 de abril; la STC-Pleno 55/2017, de 11 de mayo; y la STC-Pleno 92/2017, de 6 de julio.

Los actos procesales que generan la obligación de pagar una tasa judicial —*hecho imponible* de este tributo— son, en el orden jurisdiccional civil, los siguientes: la interposición de la demanda en toda clase de procesos declarativos y de ejecución de títulos extrajudiciales, la formulación de reconvención, y la petición inicial del proceso monitorio nacional y del proceso monitorio europeo; la solicitud de concurso necesario y la demanda incidental en procesos concursales; la oposición a la ejecución de títulos judiciales (art. 2 LTJ 2012)[39].

> El *devengo de la tasa* —es decir, el momento procesal en que se entiende realizado el hecho imponible definido por la LTJ 2012 y en el que, por ello, nace la obligación de abonarla— se produce precisamente al interponer el escrito de demanda o de reconvención, al presentar la petición inicial del proceso monitorio o la solicitud de declaración del concurso, y al formular la oposición a la ejecución de títulos judiciales (art. 5.1 LTJ).

Hay, sin embargo, una serie de actuaciones procesales que, por razón de la materia, dispone la ley que no devengarán tasa judicial (*exenciones objetivas*), a saber: la interposición de demanda cuando se trate de los procedimientos especialmente establecidos para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, así como contra actos de la Administración electoral; la solicitud de concurso voluntario por el deudor; la presentación de petición inicial del procedimiento monitorio y la demanda de juicio verbal en reclamación de cantidad cuando la cuantía de las mismas no supere 2.000 euros (salvo en los supuestos en que la pretensión ejercitada en estos procedimientos se funde en un documento que tenga el carácter de título ejecutivo extrajudicial *ex* art. 517 LEC); la interposición de la demanda de ejecución de laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo; las acciones que, en interés de la masa del concurso y previa autorización del Juez de lo Mercantil, se interpongan por los administradores concursales; los procedimientos de división judicial de patrimonios (salvo en los supuestos en que se formule oposición o se suscite controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes, devengándose la tasa por el juicio verbal y por la cuantía que se discuta o la derivada de la impugnación del cuaderno particional a cargo del opositor, y si ambos se opusieren a cargo de cada uno por su respectiva cuantía) (art. 4.1 LTJ 2012).

Desde la reforma de la LTJ 2012 por el Real Decreto-Ley 1/2015, los *sujetos pasivos* de la tasa u obligados a abonarla son sólo las personas jurídicas que promuevan el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil y realicen alguno de los actos procesales antes mencionados (interposición de demanda, formulación de reconvención, etc.), si bien el pago efectivo de la tasa podrá efectuarse por el procurador

---

39. Recordemos que, como consecuencia de la STC 140/2016, actualmente sólo hay que pagar tasas para acceder a la primera —o única— instancia de los procesos civiles en los supuestos que se han indicado; no, por tanto, para interponer los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación.

o el abogado en nombre y por cuenta del sujeto pasivo, especialmente cuando éste no resida en España (art. 3 LTJ)[40].

No obstante, se establecen por la ley determinadas *exenciones de carácter subjetivo,* en favor de ciertas entidades u organismos, que reducen aún más el ámbito personal de aplicación de las tasas judiciales: concretamente, están, en todo caso, exentos de estas tasas las personas jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora[41]; la Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas; las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; el Ministerio Fiscal (art. 4.2, letras *b* a *e* LTJ 2012)[42].

Declarada por la STC 140/2016, como hemos visto, la inconstitucionalidad y nulidad de la cantidad variable que inicialmente se cobraba en función de la cuantía del proceso (art. 7.2 LTJ 2012), desde entonces el importe a pagar en concepto de tasa judicial para acceder a la primera o única instancia de los procesos civiles viene dado exclusivamente por una *cantidad fija,* determinada en atención al tipo de proceso. En concreto: para demandas de juicio verbal (cuando la cuantía de las mismas supere 2.000 euros) y cambiario: 150 euros; para demandas de juicio ordinario: 300 euros; para peticiones iniciales de proceso monitorio, nacional o europeo (cuando la cuantía de las mismas supere 2.000 euros y la pretensión ejercitada se funde en un documento que tenga el carácter de título ejecutivo extrajudicial *ex* art. 517 LEC), y demandas incidentales en procesos concursales: 100 euros; para la ejecución de títulos extrajudiciales y la oposición a la ejecución de títulos judiciales: 200 euros; para la solicitud de declaración de concurso necesario: 200 euros (art. 7.1 LTJ).

---

40. La jurisprudencia menor ha aclarado que si son dos o más las entidades que ocupan una misma posición jurídica dentro del proceso y utilizan idéntica defensa técnica y representación procesal, por tener los mismos intereses en ese proceso, se cumple con el requisito del pago de la tasa cuando se realiza una sola vez, «sin que sea exigible … que deben efectuarse tantos pagos de tasas como partes puedan integrar una misma posición procesal, cuestión que no resulta admisible de la regulación establecida al efecto» (en este sentido, entre otras, SAP de Valencia —Civil, Sec. 6ª— 147/2014, de 15 de mayo de 2014, Rec. 185/2014).

41. Sobre las concretas personas jurídicas que tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en el orden jurisdiccional civil —y que, por tanto, no pagan tasas—, vid. art. 2, letras *c* e *i,* así como Disp. Adicional 2ª de la LAJG de 1996 (en el ap. II.2 del siguiente capítulo nos ocuparemos de esto con cierto detenimiento).

42. No está de más señalar aquí, por su importancia cuantitativa en la práctica (los procedimientos monitorios presentados en 2021 en los JPI fueron 804.686 y, como es sabido, este tipo de procedimiento sirve para reclamar, entre otras muchas deudas que reúnan los requisitos establecidos en el art. 812.1 LEC, las «cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos»: art. 812.2.2º LEC), que en el caso de las Comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, su situación ha variado desde 2015, porque en un principio estaban sujetas al pago de la tasa judicial, según la Dirección General de Tributos (Consulta Vinculante V0227-13, de 29 enero 2013), pero posteriormente, a raíz de la reforma de la LTJ 2012 por el Real Decreto-Ley 1/2015, dicho órgano administrativo estableció que tales Comunidades de propietarios, al carecer de personalidad jurídica y actuar a la través de su Junta Directiva, y en concreto de su presidente (persona física), también están incluidas en la exención que introdujo el aludido Real Decreto-Ley (Consulta Vinculante V0790-15, de 12 marzo 2015).

> Deben tenerse en cuenta, no obstante, algunas reglas especiales que contemplan *descuentos, devoluciones y bonificaciones* de las tasas. Concretamente: cuando después de la oposición del deudor en un proceso monitorio se siga un proceso ordinario, se descontará de la tasa la cantidad ya abonada en aquel proceso (art. 7.1 LTJ); se devolverá el 60% del importe de la cuota pagada cuando tenga lugar el allanamiento total o se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio (art. 8.5 LTJ); se devolverá el 20% del importe de la cuota pagada cuando se acuerde una acumulación de procesos (art. 8.6 LTJ); se establece una bonificación del 10% sobre la tasa cuando se utilicen medios telemáticos en la presentación de los escritos que originan la exigencia de la misma y en el resto de las comunicaciones con los tribunales (art. 10 LTJ).

El sujeto pasivo de la tasa, directamente o a través del procurador o del abogado, habrá de proceder a su *autoliquidación* (conforme al modelo oficial del Ministerio de Hacienda: concretamente, el modelo 696) e *ingreso en el Tesoro Público antes de llevar a cabo el hecho imponible,* es decir, el acto procesal que origina la exigencia de este tributo (antes de la interposición de la demanda de juicio ordinario, por ejemplo). El justificante de pago de la tasa, debidamente validado, acompañará a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de la misma; en caso de no acompañarse dicho justificante o de ser errónea la liquidación efectuada, el Letrado AJ requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte o corrija la liquidación en el plazo de diez días, no dando curso al escrito hasta que se subsane tal defecto, y de no subsanarse se producirá la preclusión del acto procesal y la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según corresponda (art. 8, aps. 1 y 2 LTJ).

> Por lo tanto, no acompañar al escrito procesal mediante el que se realiza el hecho imponible de la tasa el justificante de pago de la misma, en modelo oficial y debidamente validado, es, naturalmente, un defecto subsanable: si el sujeto pasivo aporta dicho justificante en el plazo de 10 días que ha de concederle el Letrado AJ en el requerimiento efectuado a tal fin, el defecto quedará subsanado, el tribunal dará curso al escrito de que se trate y continuará el procedimiento. En caso contrario —si el sujeto pasivo no subsana el defecto en ese plazo de 10 días— la consecuencia será, no la mera falta de curso del escrito, sino que se producirá la preclusión del acto procesal (art. 136 LEC) y, en función del acto de que se trate, la continuación o finalización del procedimiento (así, por ejemplo, en el supuesto de un escrito de reconvención, la inadmisión de ésta y la continuación del procedimiento, y en el de un escrito de demanda, la inadmisión de ésta y la terminación del procedimiento). Así se desprende del art. 8.2, párr. 2º LTJ 2012 y de la generalidad de la jurisprudencia —ordinaria y constitucional— que lo ha interpretado[43].

---

43. Sobre los efectos de no acompañar al escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de la tasa el justificante del pago de este tributo, o de acompañarlo pero ser incorrecta la liquidación efectuada, hay muchísimas sentencias —especialmente de Audiencias Provinciales— y en casi todas ellas, con apoyo en doctrina del TC, se reitera la misma tesis respecto de lo que establece el art. 8.2 LTJ: «La preclusión, conforme al art. 136 LEC, implica la pérdida de la oportunidad de realizar el acto del que se trate. Por tanto, la falta de subsanación no se sanciona con la falta de curso del escrito, sino con la preclusión del acto procesal y la con-

Con arreglo a la *Orden HAP 2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación* (modificada por la Orden HAP 861/2015, de 7 de mayo), las grandes empresas y las entidades que tengan forma de SA o SL deben presentar dicho modelo por vía electrónica a través de internet; las demás personas jurídicas también pueden presentarlo así, aunque tienen la alternativa de hacerlo físicamente, en papel impreso y en una entidad bancaria colaboradora o en la propia Agencia Tributaria. Para la presentación electrónica de la autoliquidación de la tasa es preciso realizar en la misma fecha el ingreso de la cantidad correspondiente, y para esto el sujeto pasivo (o su procurador o abogado) ha de ponerse en contacto con una entidad bancaria colaboradora, bien por vía electrónica —directamente o a través de la sede electrónica de la Agencia Tributaria— o bien acudiendo personalmente a sus sucursales. Así pues, tanto la presentación del modelo de autoliquidación de la tasa como el ingreso de la cantidad que corresponda pueden efectuarse por vía electrónica a través de internet (el ingreso se hace en tal caso mediante «adeudo en cuenta», no por transferencia, aunque son dos métodos de pago a distancia muy similares).

Nada dice la LTJ 2012 (tampoco la mencionada Orden HAP 2662/2012) acerca del *aplazamiento* o *fraccionamiento del pago* de la tasa judicial. Ante el silencio del legislador, la jurisprudencia ha entendido que hay que aplicar aquí el régimen general establecido en el art. 65 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), que prevé explícitamente ambas posibilidades para el abono de cualquier tributo y, por tanto, se debe permitir, en virtud del principio *pro actione,* que también el sujeto pasivo de la tasa judicial pueda solicitar su aplazamiento o el fraccionamiento de la cantidad a pagar[44].

Debe señalarse que desde la reforma de la LEC por la *Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal,* las tasas judiciales se consideran *costas del proceso* (ordinal 7º del art. 241.1, párr. 2º LEC, añadido a ésta por aquella Ley), al tratarse de un gasto necesario para litigar; y, en consecuencia, el importe abonado

---

siguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda, y ello solo puede interpretarse en el sentido que no se admitirá a trámite la demanda, la reconvención, la oposición que se haya formulado, o se declarará la firmeza de la sentencia. [/] Como señala la Sentencia 20/2012, de 16 de febrero, del Tribunal Constitucional, "la previsión legal de que, si la tasa judicial no es liquidada y abonada, la potestad jurisdiccional civil no debe ser ejercida en beneficio del sujeto pasivo, es una consecuencia ineludible de la regulación legal, que no suscita reparo de constitucionalidad. Es lícito que el legislador adopte medidas para lograr un alto grado de cumplimiento espontáneo de la obligación de pagar un tributo legítimo, aun cuando esas medidas incidan en el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción" (…)»: así, SAP Sevilla (Civil, Secc. 5) de 30 junio 2015 (Roj: SAP SE 2393/2015). Vid., en el mismo sentido y entre otras muchas, SAP León (Civil, Secc. 1) de 13 junio 2014 (Roj: SAP LE 637/2014) y SAP Málaga (Civil, Secc. 5) de 19 enero 2018 (Roj: SAP MA 781/2018).

44. Vid. en este sentido, el ATSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso, Secc. 1ª) de 5 febrero 2014 (Roj: ATSJ CAT 127/2014); también —aunque en un pronunciamiento *obiter dictum*— la tan citada STC 140/2016, de 21 julio (FJ 6.d).

por una parte —persona jurídica— en concepto de tasa podrá repercutirse a la parte contraria cuando ésta resulte condenada al pago de todas las costas, que es, sin duda, la solución más justa.

> La jurisprudencia ha declarado en repetidas ocasiones la abusividad y nulidad de la cláusula contractual que impone al deudor el pago de las tasas judiciales en todo caso, es decir, independientemente de cuál sea el sentido del pronunciamiento judicial sobre las costas procesales que se haga en la resolución que ponga fin al procedimiento: «(…) los gastos del proceso —señala, en este sentido, la SAP de Barcelona de 4 de mayo de 2018— están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento (…). Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad *ex* art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho (…). Pues bien, en el presente caso, lo que pretende la demandante es repercutir al consumidor las tasas judiciales que son a cargo de esta parte, cuando lo que prevé la LEC es que las tasas que sean preceptivas integran el concepto de costas (artículo 241.1, 7 LEC), por lo que el demandado procederá a su abono si finalmente debe hacerse cargo de ellas conforme a las normas que determinan su imposición a los litigantes (…)»[45].

Por lo demás, en los sitios web de distintos organismos oficiales, nacionales y autonómicos, se puede encontrar con facilidad —al menos, para una persona que esté medianamente familiarizada con las cuestiones relativas a la Administración de Justicia— *información sobre las tasas judiciales* que se exigen en nuestro país. Ahora bien, esta información no es, ni mucho menos, clara, sencillamente porque no está actualizada, lo que me parece, además de inexcusable, muy grave, ya que puede conducir a las personas, físicas y jurídicas, a tomar decisiones acerca de si acudir o no a los tribunales de justicia para defender sus derechos, en función de los gastos que ello implique, sobre bases erróneas.

> Veamos, como prueba de lo anterior, algunos de estos sitios web, tanto de organismos nacionales (me he centrado en los que considero más relevantes, por ser los más estrechamente relacionados con la Administración de Justicia y, por tanto,

45. Así, SAP Barcelona (Civil, Secc. 1) de 4 mayo 2018 (Roj: SAP B 3345/2018), apoyándose en varias sentencias del Tribunal Supremo (SSTS-1ª de 25 noviembre 2011 y de 23 diciembre 2015) sobre cláusulas abusivas y, más concretamente, sobre la abusividad y nulidad de la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario. Vid., en el mismo sentido y entre otras resoluciones, AAP Barcelona (Civil, Secc. 13) de 6 julio 2018 (Roj: AAP B 4041/2018).

los primeros a los que normalmente se acudirá[46]) como autonómicos (he escogido, a modo de ejemplos, los sitios web de dos importantes comunidades autónomas con competencias en materia de Justicia). Estas son las informaciones acerca de nuestro sistema de tasas judiciales que se encuentran en ellos a día de hoy[47]:

— Gobierno de España-Punto de Acceso General de la Administración de Justicia:

https://www.administraciondejusticia.gob.es/tasa-judicial

Bajo el rótulo «Tasa judicial: definición y casos en los que hay que abonarlas», en realidad lo único que hay aquí es un «AVISO SOBRE DEVOLUCIONES TASA: Desde el día 1 de junio de 2013 se pueden presentar, a través del modelo 695, las solicitudes de devolución de la tasa judicial …». Sobre la definición y casos en que hay que abonar las tasas, nada, ni una palabra.

— Ministerio de Justicia:

https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/tramites/tasa-judicial-ejercicio

Bajo el título «Tasa Judicial por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social» (mal comienzo, ya que, como sabemos, desde la publicación de la STC 140/2016, en los órdenes contencioso-administrativo y social no hay que pagar tasas judiciales) aparecen los siguientes subtítulos, con hipervínculos, pero que están «muertos» o inactivos (son enlaces que no se pueden abrir): «Qué es una tasa judicial» —«Casos en los que es obligatorio abonar esta tasa (Hecho Imponible)»— «Quién está obligado a pagar la tasa judicial» — «Casos de exenciones» — «Cómo se liquida y abona una tasa judicial». Por encima de estos subtítulos, se encuentra otro, que sí se puede abrir: «Consulte la información completa sobre tasas judiciales», que conduce al sitio anterior (web Gobierno de España-Punto de Acceso General de la Administración de Justicia), donde ya hemos comprobado que no hay la menor información acerca de las tasas judiciales. Y por si lo anterior no fuera ya bastante sorprendente, en esta página de la web del Ministerio de Justicia dedicada a la «Tasa Judicial por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social» figura, al principio del todo, esto: «Última modificación: 19/05/2022

46. Raro será, creo, que alguien acuda, al menos de inicio, en busca de información sobre las tasas judiciales a la página web del Ministerio de Hacienda, salvo que se trate de una persona con conocimientos en la materia por encima de la media y sepa, por ello, que la gestión económica de estas tasas corresponde a dicho Ministerio. Pero aun en este caso, esa persona se encontraría con que en la web del Ministerio de Hacienda, tras hacer varios «clicks» (no menos de cuatro) se llega a una sección titulada «Principales normas» sobre «Tasas y prestaciones patrimoniales» en la que, sin embargo, no figura, aunque parezca mentira, la Ley 10/2012, de 20 de noviembre: https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/Paginas/NormativaResultados.aspx?normativa=%3aTributaria%3aTasas%20y%20prestaciones%20patrimoniales

47. Visitas realizadas a estos sitios web, por el autor de este trabajo, el 03/07/2022 a las 12:32 h.

18:42», es decir, que esta información sobre las tasas —paupérrima y absolutamente inexacta— se actualizó hace menos de dos meses. Increíble, pero cierto!![48].

— Poder Judicial España–Consejo General del Poder Judicial:

https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-economicos-de-la-justicia/Tasas-judiciales/

Clicando sucesivamente en los enlaces de esta web «Temas»—«Estadística Judicial»—«Estadística por temas»—«Aspectos económicos de la justicia»—«Tasas judiciales» (nótese que para llegar a la información acerca de las tasas hay que hacer cinco «clicks» y en enlaces con títulos poco intuitivos, al menos para una persona sin conocimientos sobre este asunto por encima de la media), se accede a cuatro cajas: «Introducción», donde lo único que se dice es «Información estadística sobre las tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional»; «Datos», donde se encuentra un nuevo enlace («Tasa por Ejercicio de la Potestad Jurisdiccional 2005-2021») que lleva a un documento Excel con datos y cifras de los ingresos públicos obtenidos a través de la exigencia de este tributo en los años 2005-2021, por comunidades autónomas y por provincias; «Fuente», donde se indica simplemente, respecto del origen de esos datos y cifras, que «La fuente es el Ministerio de Economía y Hacienda»; y, por último, una caja titulada «Metodología» donde, sorprendentemente, aparecen dos nuevos enlaces, uno a la «Ley 53/2002 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social» (Ley que, como sabemos, fue derogada y sustituida, hace casi diez años, por la por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre) y otro a las «Instrucciones a los Secretarios Judiciales sobre el procedimiento para la tramitación de la tasa» (instrucciones establecidas en una Resolución de 8 de noviembre de 2003, de la Secretaría de Estado de Justicia, que desarrollaba determinados aspectos de una Orden Ministerial —la Orden HAC 661/2003, de 24 de marzo, que aprobó el modelo de autoliquidación de la tasa judicial introducida por el art. 35 de la Ley 53/2002 y reguló la forma en que debía realizarse la colaboración entre la Oficina Judicial y la Agencia Estatal de Administración Tributaria— y que fue derogada a finales de 2012 por la Disposición derogatoria única de la Orden HAP 2662/2012, de 13 de diciembre, antes citada).

— Comunidad de Madrid–Servicios e información–Justicia:

https://www.comunidad.madrid/servicios/justicia/tasas-judiciales

48. Y la cosa no acaba ahí, porque si seguimos navegando por esta web del Ministerio de Justicia y, de la página sobre tasas judiciales, vamos a la dedicada a los diferentes procesos judiciales y más concretamente al procedimiento civil más utilizado en la práctica, el monitorio, podemos leer lo siguiente acerca de las tasas en este procedimiento: «¿El monitorio está sujeto a tasa judicial? Las personas físicas están exentas del pago de tasas judiciales en el procedimiento monitorio. Si la cuantía de lo reclamado supera los 2.000 euros, la petición inicial de proceso monitorio está sujeta, para las personas jurídicas, a una cuota fija de 100 € más una cuota variable en razón a la cuantía reclamada». Por tanto, más de lo mismo, información muy pobre e inexacta: la cuota variable de la tasa, como sabemos, fue anulada, para todos los procesos, en 2016 (hace ya seis años!!), por la STC 140/2016. Vid: https://sedejudicial.justicia.es/-/procedimiento-monitorio

Tras un breve texto de carácter introductorio («Las tasas judiciales son unos tributos de carácter estatal que en determinados supuestos deben ser abonadas por los usuarios que acuden a los Tribunales y hacen uso del servicio público de la Administración de Justicia, asumiendo parte del coste que ello implica»), encontramos en esta sección de la web de la Comunidad de Madrid una serie de cuadros desplegables con estos títulos: «¿Qué son las tasas judiciales?», «¿Cómo se regulan las Tasas Judiciales?», «¿En qué supuestos es obligatorio abonar Tasas Judiciales?», «¿Quién está obligado a pagar Tasas Judiciales?» «¿En qué momento es obligatorio realizar el pago de la tasa?» «¿Quién está exento del pago de la Tasa Judicial?» «¿Cómo se establece la cuantía de la Tasa Judicial?» «¿Cómo se realiza el pago de las tasas judiciales?». El comienzo es prometedor, parece que los interesados que acudan a este sitio encontrarán información clara, completa y actualizada acerca de este tributo…, pero, lamentablemente, no es así. La información es bastante clara y completa, pero no está al día: dentro del primer cuadro (¿Qué son las tasas judiciales?) aparece esta información: «Las tasas judiciales es un tributo de carácter estatal que deben satisfacer en determinados supuestos los usuarios, ya sean personas físicas o jurídicas, por acudir a los Tribunales y hacer uso del servicio público de la Administración de Justicia. (…) Las tasas judiciales son de aplicación desde primera instancia en el Orden Civil y en el Contencioso-Administrativo y en segunda instancia son de aplicación en el Orden Social»; dentro del segundo cuadro (¿Cómo se regulan las Tasas Judiciales?) hay enlaces a la «Ley 10/2012 de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y ciencias forenses (BOE 21 de noviembre de 2012)» y al «Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero (BOE 23 de febrero de 2013)», sin la menor referencia al Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, ni a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 140/2016, de 21 de julio; y dentro del penúltimo cuadro (¿Cómo se establece la cuantía de la Tasa Judicial?) se explica que «La cuantía de la tasa judicial está formada por una cantidad fija en función del tipo de proceso, y una cantidad variable, en atención a la cuantía del proceso judicial: …» Así pues, una información absolutamente desfasada.

— Comunidad del País Vasco–Conoce la justicia:

https://www.justizia.eus/conoce-justicia/que-son-las-tasas-judiciales-5

Esta sección dedicada a la Justicia de la web de la Comunidad del País Vasco empieza con una introducción que ya nos revela que la información contenida en la misma no está actualizada: «Desde el 1 de abril de 2013, las personas que acudan a la Administración de Justicia están obligadas a pagar un tributo por el uso de este servicio público. Las tasas judiciales tienen que abonarlas tanto las personas físicas como las jurídicas en determinados supuestos y su pago está regulado por la Ley 10/2012 de 20 de noviembre, modificada por el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses» (no se cita, pues, la última norma que modificó la Ley 10/2012, el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, ni tampoco la STC 140/2016, que declaró la

inconstitucionalidad y nulidad de varios preceptos de esta Ley). Después, aparece un índice interactivo compuesto por los siguientes títulos: «Qué son las tasas judiciales», «Quién tiene que abonarlas», «Quién está exento», «Cómo se abona una tasa judicial y cómo se solicita su devolución», «Cómo se calculan las tasas judiciales»; dentro de ellos, se mezclan informaciones contradictorias sobre las tasas, unas que están al día con otras que no lo están: «Son un tributo que deben abonar tanto las personas físicas como jurídicas…», tienen que abonarlas «Todas las personas jurídicas que quieran interponer una demanda o un recurso en el orden civil, contencioso-administrativo o social…», «Desde el punto de vista subjetivo, están, en todo caso, exentos de esta tasa: Las personas físicas…», «La cuantía de las tasas judiciales es la suma de una cuota fija y de una variable, que cambia en función del coste del procedimiento…». Sin comentarios.

4. ¿Cumple el proceso civil español con los estándares europeos sobre las tasas judiciales?

Teniendo en cuenta todo lo que se ha expuesto anteriormente, creo que la respuesta a esta cuestión ha de ser, sin duda, afirmativa, al menos en términos generales. La vigente regulación española de las tasas judiciales en el proceso civil cumple —y con creces— prácticamente todos los estándares sobre este tema que pueden extraerse de la normativa europea (RPME, RPEEC y Propuesta de Directiva de 2017), así como de la jurisprudencia del TEDH[49]; y entiendo que esto es así, básicamente porque:

— Nuestras tasas judiciales sólo incluyen —como exige la normativa europea: RPME y RPEEC— los importes que los litigantes deben abonar al Estado en determinados casos para acceder al servicio público de Justicia y contribuir de esta manera al sostenimiento de los costes que el mismo conlleva (incluidos los derivados del sistema de justicia gratuita, que, por imperativo constitucional, forma parte de este servicio público). No comprenden, pues, cantidades que hayan de pagarse a terceros —abogados, procuradores, peritos, testigos…— en el curso del proceso y generadas por la intervención en él de tales terceros; todos estos gastos procesales deben ser sufragados por los litigantes, no quedando cubiertos, en ningún caso, por las tasas[50].

---

49. Es más, incluso antes de que la STC 140/2016 anulara buena parte de las tasas judiciales establecidas por la Ley 10/2012, con sus reformas de 2013 y 2015, podía afirmarse que «la legislación española reguladora de las tasas judiciales vigente durante el periodo de 2012 a 2015 no permitía que se produjera casi ninguno de los excesos considerados por el TEDH como violaciones del derecho a un proceso justo»: vid., así, DOMÉNCH PASCUAL, *Las tasas judiciales a juicio…,* cit., pág. 28.

50. La vinculación legal de nuestras tasas al sistema de justicia gratuita (art. 11 LTJ) y, por tanto, a la retribución por la Administración de los abogados y procuradores inscritos en el turno de oficio (retribución calificada por el Reglamento de AJG de «compensación económica» o «indemnización» por la intervención profesional realizada, y que es muy escasa, casi simbólica: la media que un abogado de oficio cobra por asunto en

— Las tasas judiciales que se exigen actualmente en nuestros procesos civiles no pueden calificarse de «desproporcionadas» o excesivas en relación con el valor de la demanda y, por lo tanto, no «imposibilitan o dificultan en exceso» el acceso a los tribunales (RPEEC y Propuesta de Directiva de 2017). Más bien, son unas tasas «mínimas razonables» (de hecho, tienen unas cuantías considerablemente más bajas que las establecidas en la mayoría de los demás Estados de la UE que cobran estos tributos) y, en consecuencia, no pueden tildarse de «disuasorias» o desalentadoras: es muy improbable que hagan que alguien desista de ejercer una acción judicial, máxime sabiendo el futuro demandante que si su pretensión es razonable y está bien fundamentada, vencerá en el proceso y la parte contraria será condena en costas, por lo que al final recuperará lo que tuvo que pagar como tasa para iniciar ese proceso.

Como sabemos, en España, actualmente, las tasas en el ámbito jurisdiccional civil (en los demás ámbitos no hay) sólo se pagan por las personas jurídicas, sólo en la primera o única instancia del proceso y su cuantía viene dada sólo por una cuota o cantidad fija que atiende al tipo de proceso; y esta cuota fija de la tasa es, de menos a más, de 100 euros para un proceso monitorio (siempre que la cantidad reclamada supere los 2000 euros), de 150 euros para un juicio verbal (de nuevo, siempre que la cantidad reclamada supere los 2000 euros), de 200 euros para un proceso de ejecución de título extrajudicial y de 300 euros para un juicio ordinario. Si tomamos esta última cantidad, 300 euros —la tasa judicial más elevada que debe pagar en España una persona jurídica para acceder a un proceso civil, concretamente a un juicio ordinario— y la comparamos, como suele hacer la jurisprudencia europea para establecer si una tasa incurre en «desproporción», con el IPREM mensual de 2022 (579,02 euros), resulta que el importe de esa tasa representa un poco más de la mitad de este indicador público. Y si ahora calculamos, a través de algunos ejemplos, lo que suponen las cuotas fijas antes mencionadas, porcentualmente, en relación con el valor de la demanda, resulta que en un proceso monitorio de 3000 euros, la tasa representa el 3,3% de la cuantía de la demanda o petición inicial; en un juicio verbal de 3000 euros, la tasa representa el 5% de la cuantía de la demanda; en un proceso de ejecución extrajudicial de 6000 euros, la tasa representa el 3,3% de la cuantía de la demanda ejecutiva; en un juicio ordinario de 9000 euros, la tasa representa el 3,3% de la cuantía de la demanda. Pues bien, todas estas ratios ponen de manifiesto que los importes de nuestras tasas seguramente entran dentro o están muy próximos a los máximos que hemos visto que la jurisprudencia europea ha considerado aceptables desde la óptica del derecho a un proceso equitativo del art. 6 CEDH[51].

España es de 153,14 euros, según el XV Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita del CGE, con datos hasta 2020), no es contraria a los estándares europeos, puesto que la asistencia jurídica gratuita es un servicio público que, por mandato del art. 119 CE, presta el Estado, a través de estos profesionales de la justicia, a fin de garantizar el derecho fundamental a la defensa y el asesoramiento legal incluso a las personas que no tengan medios económicos suficientes.

51. Un último ejemplo —extraído del trabajo de Doménech Pascual, *Las tasas judiciales a juicio,* cit., pág. 13— con datos comparativos del año 2015 (cuando en España aún pagaban tasas las personas físicas y se les apli-

— Las tasas judiciales pueden abonarse en España a través de un medio de pago a distancia, concretamente mediante adeudo en la cuenta bancaria del sujeto pasivo, facilitándole así el cumplimiento de su obligación tributaria, en especial cuando este sujeto no tenga su domicilio en nuestro país[52], como exige la normativa europea (RPEEC y Propuesta de Directiva de 2017).
— Nuestra regulación de las tasas judiciales tiene esa necesaria «flexibilidad» a la que hemos visto que alude la jurisprudencia europea, puesto que contempla una serie de exenciones de las mismas, tanto objetivas (reclamaciones de cantidad cuando la cuantía no supere 2.000 euros, demandas de ejecución de laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo, etc.) como subjetivas (aparte de las personas físicas, las personas jurídicas a las que se les reconozca el beneficio de la justicia gratuita o el Ministerio Fiscal, por ejemplo), así como la posibilidad de aplazar o fraccionar su pago[53]. También se contemplan en la LTJ devoluciones (de hasta el 60%) y bonificaciones (del 10%) del importe de la tasa en ciertos casos.

> En cuanto a las exenciones subjetivas de la tasa, conviene señalar que nuestra LTJ prevé en su art. 4.2.b), entre tales exenciones, el caso de «las personas jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora», es decir, la LAJG de 1996; y que de acuerdo con esta Ley, entre las personas jurídicas a las que puede reconocérseles ese derecho (enumeradas en el art. 2.c y la D.A. segunda LAJG) no se encuentran las sociedades mercantiles, aunque acrediten insuficiencia de recursos para litigar (esto es, que, careciendo de patrimonio suficiente, el resultado contable de la entidad en cómputo anual es inferior a la cantidad equivalente al triple del IPREM: art. 3.5 LAJG). Estas sociedades, por tanto, quedan categóricamente excluidas del beneficio de justicia gratuita y, con ello, de la exención subjetiva de la tasa judicial prevista en el citado art. 4.2.b) LTJ. Ahora bien, la propia LTJ establece dos exenciones de carácter objetivo en favor de las empresas que no pueden cumplir regularmente sus obligaciones exigibles: el empresario en estado de insolvencia actual o inminente puede solicitar la declaración de concurso voluntario sin pagar tasas (art. 4.1.b LTJ)[54]; una vez que la empresa ha sido declarada en concurso de

---

caba, además de la cuota fija, una cuota variable del 0,1%), el de un requerimiento europeo de pago de 200.000 euros efectuado por una persona física: esta persona tenía que abonar entonces, en concepto de tasa judicial, en nuestro país 300 euros, en Italia 759 euros, en Alemania 873 euros, en Holanda 1548 euros, en Portugal 1816 euros y en Austria 4170 euros. Así pues, en estos países europeos —y en otros muchos— las tasas judiciales tenían y tienen unas cuantías considerablemente más elevadas que las establecidas en España.

52. Una persona jurídica establecida en otro país y que pretenda iniciar un proceso ante un tribunal español, no es necesario que disponga de un código de identificación fiscal asignado en España (CIF) para pagar la tasa judicial, ya que el modelo de autoliquidación de la tasa (modelo 696 de la Agencia Tributaria) permite utilizar un código extranjero.

53. El pago aplazado o fraccionado del importe de la tasa judicial no está contemplado en la LTJ de 2012, pero, como hemos visto, nuestra jurisprudencia considera que es posible admitirlo aplicando, en virtud del principio *pro actione,* el régimen general del art. 65 de la Ley General Tributaria de 2003.

54. Respecto del preconcurso (comunicación al Juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinancia-

acreedores, tampoco se exigen tasas para las acciones que, en interés de la masa del concurso, interpongan los administradores concursales con autorización previa del Juez (art. 4.1.f LTJ). Por ello, no me parece que en este punto la regulación española de las tasas judiciales contravenga la jurisprudencia europea, mencionada anteriormente, según la cual condicionar el acceso al proceso de una sociedad mercantil carente de recursos para litigar —por encontrarse en una situación de insolvencia o cercana a ella, por ejemplo— al pago de una tasa significativa constituye una vulneración del art. 6.1 CEDH; porque en España una sociedad en esa situación no ha de pagar tasas en todas actuaciones procesales, y cuando debe pagarlas no son significativas o de una cuantía importante[55].

— Por último, en España existe información fácilmente accesible en internet, a través de sitios web nacionales adecuados (web del Gobierno de España, del Ministerio de Justicia, del CGPJ, etc.), y comprensible sobre las tasas judiciales en el nuestro Derecho. Sin embargo, esta información, no es nada clara, o mejor, nada rigurosa y, por tanto, no es fiable, porque no está al día (los responsables de estas webs no se han preocupado de actualizarla, en algunos casos desde hace años).

En este punto, pues, nuestro país no cumple, ni mucho menos, con los estándares europeos (RPEEC y Propuesta de Directiva de 2017). Dada la importancia que ello puede tener para los potenciales actores de un proceso civil, *de lege ferenda* sería conveniente establecer la obligación de los organismos oficiales más estrechamente relacionados con nuestra Administración de Justicia de publicar en sus webs una información transparente —muy clara y, por supuesto, siempre al día— sobre los aspectos esenciales del régimen jurídico de las tasas judiciales españolas.

Bastaría con una norma semejante a la que se encuentra a menudo al final de las disposiciones de la UE, que podría añadirse, como artículo último, a la LTJ, y que estableciera, poco más o menos, lo siguiente: «Los organismos nacionales y autonómicos competentes en materia de Justicia, a través de sus sitios web, informarán al público y a los profesionales de la justicia, con claridad y rigor, sobre los principales aspectos de las tasas judiciales que deben pagarse en determinados casos para iniciar un proceso civil ante los tribunales españoles».

---

ción: arts. 583 y ss. del texto refundido de la Ley Concursal), nada dice el art. 4.1 LTJ, pero creo puede entenderse que si la solicitud de concurso voluntario está exenta de la tasa judicial, con mayor motivo ha de estarlo la de preconcurso; además, la solicitud de preconcurso no figura entre los actos procesales cuya realización constituye, según el art. 2 LTJ, el hecho imposible de este tributo (y la legislación tributaria prohíbe la aplicación por analogía o interpretación extensiva de los preceptos que definen el hecho imponible: art. 23.3 LGT).

55. No es del mismo parecer —o, al menos, no lo era cuando en 2017 escribió esto— DOMÉNCH PASCUAL, op. cit., pág. 31, donde, tras referirse a los supuestos en los que con arreglo a la LAJG cabe reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita y, por lo tanto, la exención de las tasas judiciales, añade este autor que «Hay un punto, sin embargo, en el que, a nuestro juicio, resulta razonable entender que la legislación española [sobre las tasas judiciales] vigente durante 2013-2015 contravenía la mentada jurisprudencia [sic. del TEDH sobre la denegación injustificada de la exención de la tasa a pesar de la falta de recursos para litigar del demandante]: el relativo a las personas jurídicas en situación económica precaria. (…)».

5. Bibliografía

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual sobre el Derecho Europeo relativo al acceso a la Justicia* (trad. Liébana Ortiz, J.R.), Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2016.

BENTHAM, J., *Una protesta contra las tasas judiciales* (trad. G. Rubio de Urquía), ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor-Navarra, 2013.

DOMÉNECH PASCUAL, G., «Las tasas judiciales a juicio. Comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio»*, InDret. Revista para el análisis del Derecho*, enero 2017.

GARCÍA, I., «Algunes reflexions critiques a la llum de la Sentència 140/2016 del Tribunal Constitucional: De nou, sobre les taxes judicials», *Món Jurídic, Revista de l'I·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona*, núm. 308 (2016).

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización,* ed. Marcial Pons, Madrid 2018*.*

LOREDO COLUNGA, M., «*¿Hacia un Derecho procesal europeo? Reflexiones en torno al proyecto de procedimiento europeo de escasa cuantía*», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2006.

SERRANO MASIP, M., «Efectos de la jurisprudencia del TJUE sobre el proceso civil interno»*, Revista de Estudios Europeos*, núm. 68, jul.-dic. 2016, págs. 5 a 32.

VALLESPÍN PÉREZ, D., «Comentario a la STC 140/2016, de 21 de julio, sobre tasas judiciales»*, Revista Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 2 (2016), págs. 377-394.

Capítulo 8 | Estándares europeos y asistencia jurídica gratuita

*Francisco López Simó**

SUMARIO: 1. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA EUROPEAS SOBRE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. 1.1. Normativa de la UE sobre la asistencia jurídica gratuita. 1.1.1. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 47, párr. 3º).* 1.1.2. *Directiva sobre reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para los litigios civiles transfronterizos.* 1.2. La asistencia jurídica gratuita en la Propuesta de Directiva de 2017. 1.3. Las Reglas Modelo Europeas de Procedimiento Civil ELI-UNIDROIT. 1.4. Jurisprudencia europea. 1.5. Estándares europeos sobre la asistencia jurídica gratuita. 2. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS. 2.1. Visión panorámica de la normativa española sobre la asistencia jurídica gratuita. 2.2. Rasgos esenciales de nuestro sistema de asistencia jurídica gratuita en el proceso civil. 3. ¿HACE FALTA REFORMAR EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL PARA HACERLO MÁS EUROPEO EN LO RELATIVO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA? ALGUNAS PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA*. 4. BIBLIOGRAFÍA.

Dentro de la dimensión económica del proceso y del diagnóstico que estamos haciendo de la *europeidad* del proceso civil español en esta dimensión, debemos prestar una atención especial a la asistencia jurídica gratuita (en adelante, AJG), porque, como es sabido, el acceso a los tribunales de justicia es un derecho fundamental —primordial, además, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia europea en numerosas resoluciones— y la AJG constituye un mecanismo esencial precisamente para garantizar a todas las personas, sea cual sea su situación económica, la efectividad de dicho acceso a los tribunales (arts. 6 CEDH y 47 CDFUE).

1. Legislación y jurisprudencia europeas sobre la asistencia jurídica gratuita

1.1. Normativa de la UE sobre la asistencia jurídica gratuita

Como se ha subrayado, el acceso a la justicia de todos, incluso de los más desfavorecidos económicamente, está considerado como uno de los pilares fundamenta-

*. Catedrático de Derecho Procesal – Universidad de las Islas Baleares.

les del Estado de Derecho y de la dignidad de las personas; por ello, la UE otorga una importancia capital al respeto a los derechos humanos en general y en particular al acceso a la justicia, conforme a su tratado constitutivo (arts. 2, 6 y 7 TUE) y su Carta de los Derechos Fundamentales, cuyo art. 47, párr. 3º reconoce a quienes no dispongan de recursos suficientes para hacer valer ante los tribunales sus derechos e intereses legítimos el derecho a la AJG[1]. Prueba de la importancia que este asunto tiene para la UE, también el ámbito civil, es el que hay en su Derecho derivado una disposición específica que establece unas reglas mínimas comunes relativas a la asistencia jurídica gratuita para los litigios civiles transfronterizos (la Directiva 2003/8/CE), a fin de mejorar el acceso a la justicia en tales litigios. Así pues, es en las normas mencionadas —art. 47, párr. 3º CDFUE y articulado de la Directiva 2003/8/CE— donde hemos de buscar, principalmente, los estándares europeos acerca de la AJG en el proceso civil.

1.1.1. Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 47, párr. 3º)

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[2] (en adelante, la Carta o CDFUE) dedica su Título VI a la «Justicia», desarrollando en cuatro artículos (arts. 47 a 50) los que pueden considerarse, según algunos autores, como *principios básicos del Derecho procesal de la Unión*[3]. Concretamente, el art. 47 CDFUE regula el «derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», que, como se ha señalado[4], coincide sustancialmente con el derecho a un proceso justo, que se consagra en los principales textos internacionales en materia de derechos humanos (así, art. 6 CEDH: «derecho a un proceso equitativo») y que está consagrado también en las constituciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

---

1. En este sentido, Consejo de la Abogacía Europea, *Recomendaciones de CCBE sobre asistencia jurídica gratuita,* documento de fecha 23.01.2009 y disponible on-line: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi_pa_58Jj6AhWM_IUKHb1jDrQQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.abogacia.es%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F01%2FRecomendaciones-de-CCBE-sobre-Asistencia-juridica-gratuita.pdf&usg=AOvVaw3X0R6NqTrlfefOdf2lwnUi
Con posterioridad, concretamente el 23.03.2018, el propio Consejo de la Abogacía Europea ha elaborado y publicado otro documento con el mismo título, al que luego me referiré.

2. DOUE de 7.6.2016 (2016/C 202/02), págs. 389/405. Este es, s.e.u.o. por mi parte, el último texto de la Carta publicado en el Diario Oficial de la UE y, por tanto, el que manejaré aquí. En cualquier caso, desde la proclamación de la Carta el 7 de diciembre de 2000, la redacción del artículo que nos interesa (art. 47) no ha sufrido ninguna modificación.

3. En este sentido, 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,* en Revista General de Derecho Europeo, núm. 33, 2014, págs. 2 y 4.

4. LÓPEZ ESCUDERO, M., *Comentario del art 47: Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial,* en «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo» (dir. Mangas Martín, A.), Fundación BBVA, Bilbao 2008, pág. 740.

> Las Explicaciones sobre la CDFUE[5] —que, como se dice al inicio de las mismas, aunque no tienen valor jurídico, «constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta»— confirman que el art. 47 CDFUE se basa en los arts. 6 («derecho a un proceso equitativo») y 13 («derecho a un recurso efectivo») del CEDH. Más en concreto, se afirma en dichas Explicaciones que «el párrafo primero [del art. 47 CDFUE] se basa en el artículo 13 del CEDH», si bien «en el Derecho de la Unión la protección es más amplia, ya que garantiza el derecho a un recurso efectivo ante un juez»; y que «los apartados 2 y 3 del artículo 47 [de la CDFUE] corresponden al apartado 1 del artículo 6 del CEDH, si bien la limitación a los contenciosos sobre derechos y obligaciones de carácter civil o sobre acusaciones en materia penal no es pertinente respecto del Derecho de la Unión y su aplicación». Esta correspondencia o conexión explícita entre los referidos preceptos de la CDFUE y del CEDH implica que el sentido y el alcance de los derechos garantizados en el art. 47 CDFUE se determinan no sólo por el texto de los arts. 6 y 13 CEDH, sino también por la jurisprudencia del TEDH acerca de estos artículos del Convenio[6].

El art. 47 CDFUE es una norma bastante completa que se divide en tres párrafos, en los que regula, respectivamente, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso justo y el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Centrándonos ya en lo que aquí interesa, el párr. 3º del art. 47 de la Carta establece que «*se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia*». Este derecho a la AJG es instrumental con respecto al derecho a un proceso justo, previsto en el párr. 2º del mismo art. 47 CDFUE (y que, a tenor de su homólogo del CEDH —el art. 6.1 de dicho Convenio— y de la jurisprudencia del TEDH que lo interpreta, comprende, entre otras garantías procesales, el derecho a acceder a los tribunales para la determinación de los derechos y obligaciones civiles): se garantiza así a cualquier persona que no tenga recursos económicos suficientes el acceso a un tribunal y poder defender ante él sus derechos contando con el asesoramiento jurídico necesario para ello[7].

Como puede observarse, el precepto de la Carta que nos ocupa establece dos requisitos para la prestación gratuita de la asistencia jurídica: en primer lugar, no disponer de recursos suficientes para sufragarla; y en segundo lugar, dicha asistencia debe ser necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia. El primer requisito —la insuficiencia de recursos para costear la asistencia jurídica— no plantea mayores problemas, correspondiendo al solicitante de AJG demostrar esta

---

5. *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* (2007/C 303/02), publicadas en el DOUE de 14.12.2007, págs. 17 y ss.

6. *Explicaciones sobre la Carta,* cit., «Explicación relativa al artículo 47–Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», pág. 29, y «Explicación relativa al artículo 52–Alcance e interpretación de los derechos y principios», págs. 33 y 34.

7. En este sentido, LÓPEZ ESCUDERO, M., *Comentario del art 47…,* cit., pág. 754 y ss.

insuficiencia, es decir, que sus medios económicos no superan el límite fijado por la ley nacional de que se trate. El segundo, en cambio, es un requisito problemático, pues tiene una formulación dudosa o incierta, que deja un amplio margen a la interpretación: que la asistencia jurídica gratuita «sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia»; ¿qué significa esto exactamente?...

En relación con esta cuestión, las Explicaciones sobre la Carta aclaran que «de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe concederse asistencia jurídica [gratuita] cuando su ausencia pudiera hacer ineficaz la garantía de un recurso efectivo [establecida en art. 13 CEDH] (sentencia del TEDH de 9.10.1979, Airey, Serie A, Volumen 32, p. 11)»[8], esto es, cuando la comparecencia de una persona ante un tribunal sin contar con dicha asistencia —y, en particular, sin la ayuda de un abogado— no resultaría efectiva, en el sentido de que esa persona por sí misma no sería capaz de presentar su caso de manera apropiada y satisfactoria.

> Como veremos después, en otras sentencias más reciente el TEDH viene a decir, en este mismo sentido, que una persona puede tener acceso efectivo a los órganos jurisdiccionales si la orientación que ofrecen las normas procesales y las instrucciones del tribunal, junto con cierto asesoramiento legal y asistencia jurídica, es suficiente para darle una oportunidad efectiva de hacer valer sus derechos en ese caso (véase, así y entre otras, STEDH, A. c. Reino Unido, 2002, párr. 97). Lo que hace falta para garantizar el acceso efectivo a los órganos jurisdiccionales depende, pues, de las circunstancias del caso concreto[9].

1.1.2. Directiva sobre justicia gratuita en los litigios civiles transfronterizos

En la legislación de la UE hay, como ya hemos apuntado, una disposición de Derecho derivado que regula específicamente la AJG en litigios civiles transfronterizos y que ha supuesto un avance importante en esta materia: la *Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios*[10] (en adelante, Directiva 2003/8/CE), a la que, como es lógico, se remiten los Reglamentos referentes a procesos civiles europeos[11]. Con la implantación de estas reglas mínimas comunes,

---

8. *Explicaciones sobre la Carta,* cit., «Explicación relativa al artículo 47–Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», pág. 30.

9. La jurisprudencia europea más relevante acerca de la asistencia jurídica gratuita en el proceso civil se expondrá resumidamente en el ap. I.4 de este capítulo.

10. DO L 26 de 31.1.2003, págs. 41/47 (corrección de errores de dicha Directiva en DO L 32 de 7.2.2003, pág. 15).

11. Lógicamente, habiendo ya una disposición específica sobre la AJG, los Reglamentos del PME (2006) y del PEEC (2007) no se ocupan de este asunto, limitándose a remitirse, explícita o implícitamente, a la Directiva 2003/8/CE: Así, por ej., el Reglamento UE 2015/2421, por el que se modifica el Reglamento CE 861/2007 sobre

dicha Directiva quiere lograr que toda persona implicada en un litigio en materia civil o mercantil de carácter transfronterizo pueda hacer valer sus derechos ante un tribunal de cualquier Estado miembro, aunque su situación financiera personal no le permita hacer frente a las costas procesales de ese litigio; y considera que la justicia gratuita es adecuada cuando posibilita al beneficiario de la misma el acceso efectivo a la justicia en las condiciones previstas en la propia Directiva. Esta es, pues, la disposición de la UE más importante sobre el tema que ahora nos ocupa, de modo que debemos examinarla con cierto detenimiento, porque, además, las reglas mínimas de justicia gratuita que establece, si bien se aplican sólo a los litigios civiles y mercantiles transfronterizos (art. 1.2 de la Directiva), muchas de ellas son perfectamente extrapolables a los procesos de este tipo puramente internos.

> En la exposición de motivos («considerandos») de la Directiva 2003/8/CE se señala, con respecto a los objetivos que persigue y antecedentes en los que se basa, que «La presente Directiva tiene como objetivo promover la aplicación de la justicia gratuita en los litigios transfronterizos a las personas que no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar el acceso efectivo a la justicia. El derecho de acceso a la justicia, generalmente reconocido, viene confirmado por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (cdo. 5); y que «Todos los Estados miembros son partes contratantes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Las materias a las que hace referencia la presente Directiva se abordarán con arreglo a dicho Convenio, y en particular al principio de igualdad de las partes en un litigio» (cdo. 4).

La Directiva 2003/8/CE, como su propio nombre indica, establece unas reglas mínimas comunes sobre la justicia gratuita en los litigios civiles transfronterizos que los Estados miembros están obligados a observar[12], y lo hace a través de más de veinte artículos (veintitrés, exactamente). De ellos, los más relevantes —los que prevén las condiciones básicas que ha de cumplir la justicia gratuita para garantizar al beneficiario de la misma un acceso a la justicia verdaderamente efectivo— son, a mi juicio, los arts. 3 («derecho a la justicia gratuita»), 4 («no discriminación»), 5 («condiciones relativas a los recursos financieros»), 6 («condiciones relativas al fondo del litigio»), 9 («continuidad de la justicia gratuita»), 10 («procedimientos extrajudiciales»), 15 («tramitación de las solicitudes») y 16 («formulario normalizado»).

---

el PEEC, dice en su considerando núm. 16 que «El acceso efectivo a la justicia en toda la Unión constituye un objetivo de gran importancia. Para garantizar ese acceso efectivo en el contexto del proceso europeo de escasa cuantía, *debe concederse la justicia gratuita de acuerdo con la Directiva 2003/8/CE del Consejo*».

12. Naturalmente, nada impedía que los Estados miembros, al transponer esta Directiva (España lo hizo, con medio año de retraso, a través de la *Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea*) establecieran «disposiciones más favorables para los solicitantes y los beneficiarios de la justicia gratuita» en estos litigios (art. 19 de la Directiva).

Veamos lo que disponen estos artículos y qué estándares europeos sobre la justicia gratuita podemos extraer de ellos.

a) «*Derecho a la justicia gratuita*» *(contenido material).* El art. 3 de la Directiva 2003/8/CE es tal vez el precepto más importante de la misma, ya que establece el contenido material mínimo del derecho a la AJG, esto es, las prestaciones que este derecho debe comprender para que un sistema de justicia gratuita pueda considerarse adecuado a fin de garantizar a las personas que sean parte en un proceso civil europeo, pero no dispongan de recursos suficientes para litigar, su acceso efectivo a la justicia. Dice al respecto el art. 3 en su ap. 2 que «La justicia gratuita se considerará adecuada cuando garantice: a) el asesoramiento previo a la demanda con vistas a llegar a un acuerdo antes de la presentación de demanda; b) la asistencia jurídica y la representación ante los tribunales, así como la exención de las costas procesales para el beneficiario, incluidos los gastos a que se hace referencia en el artículo 7[13] y los honorarios de personas que actúen en el juicio a requerimiento del tribunal, o ayudas para sufragarlas. [/] En los Estados miembros en que pueda condenarse a la parte que pierde el juicio al pago de las costas de la parte contraria, en caso de que el beneficiario perdiera el juicio la justicia gratuita incluirá las costas de la parte contraria a condición de que las hubiera cubierto igualmente si el beneficiario tuviera su domicilio o su residencia habitual en el Estado miembro del foro». En el resto de apartados del art. 3 se prevé que «Los Estados miembros no estarán obligados a ofrecer asistencia jurídica o representación ante los tribunales en los procedimientos que permitan específicamente a las partes asumir personalmente su propia defensa, salvo decisión en contrario del tribunal u otras autoridades competentes destinada a garantizar la igualdad entre las partes o en vista de la complejidad del asunto» (ap. 3); que «Los Estados miembros podrán requerir de los beneficiarios de la justicia gratuita el pago de aportaciones razonables a sus costas procesales, teniendo en cuenta las condiciones contempladas en el artículo 5»[14] (ap. 4); y, en fin, que «Los Estados miembros podrán prever que las autoridades competentes puedan decidir que el beneficiario de la justicia gratuita reembolse la misma, total o parcialmente, si su situación financiera ha mejorado sustancialmente o si la decisión por la que se concedió la justicia gratuita se adoptó atendiendo a información inexacta facilitada por el beneficiario» (ap. 5).

---

13. El art. 7 de la Directiva 2003/8 se refiere a los «gastos vinculados al carácter transfronterizo del litigio», disponiendo que la justicia gratuita concedida en el Estado miembro donde se halle el tribunal competente cubrirá los gastos de los servicios de interpretación, de la traducción de los documentos presentados por el beneficiario y que sean necesarios para resolver el asunto, etc.

14. El art. 5 de la Directiva, del que luego nos ocuparemos, hace referencia a las condiciones relativas a los recursos financieros de los solicitantes de justicia gratuita.

En resumen, el citado art. 3 de la Directiva 2003/8/CE prevé que un sistema de justicia gratuita será apropiado si comprende al menos las prestaciones siguientes en favor del beneficiario y a cargo del Estado: 1ª.- el asesoramiento previo al proceso, para tratar de evitarlo mediante un acuerdo; 2ª.- la defensa por abogado (y, en nuestro caso, la representación por procurador) en los procedimientos judiciales en que no se permita a las partes asumir personalmente su defensa y representación, así como en los que estando ello permitido el tribunal decida que, a fin de garantizar la igualdad entre las partes o en vista de la complejidad del asunto, es necesario que el beneficiario de AJG cuente con abogado (y procurador); 3ª.- la exención de las demás costas procesales o ayudas para sufragarlas al beneficiario. Pero este contenido de la AJG se modera por el propio art. 3 de la Directiva, al contemplar que los Estados miembros podrán, de un lado, requerir de los beneficiarios el pago de aportaciones razonables a sus costas procesales, teniendo en cuenta las condiciones relativas a sus recursos financieros; y de otro, prever que el beneficiario de AJG reembolse la misma, total o parcialmente, si su situación económica ha mejorado sustancialmente o si la decisión por la que se concedió la justicia gratuita se adoptó atendiendo a información inexacta facilitada por aquél. Por último, el mismo art. 3 de la Directiva prevé, por otra parte, que en caso de que el beneficiario de AJG perdiera el juicio y se le condenase al pago de todas las costas procesales —las suyas y las de la parte contraria— por aplicación de la regla del vencimiento total vigente en el Estado miembro del foro (Estado donde se halla el tribunal que conoce del litigio transfronterizo, que es el que ha concedido la justicia gratuita: vid. art. 7 Directiva), en tal caso la AJG incluirá las costas de la parte contraria siempre y cuando las hubiera incluido igualmente de tener el beneficiario su domicilio o residencia habitual en el Estado miembro del foro (es decir, si en este Estado, con arreglo a su Derecho, la AJG comprende en los litigios puramente internos el deber de reembolsar a la parte contraria el importe de sus costas cuando se condena en ellas al beneficiario del derecho).

b) «*No discriminación*» *(beneficiarios).* El art. 4 de la Directiva que nos ocupa regula el alcance subjetivo del derecho a la justicia gratuita, es decir, los posibles beneficiarios de este derecho, disponiendo al respecto que «Los Estados miembros concederán el beneficio de justicia gratuita sin discriminación a los ciudadanos de la Unión y a los nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros».

Adviértase que conforme a este artículo de la Directiva 2003/8/CE (y al cdo. 13 de la misma), el derecho a la asistencia jurídica gratuita podrá reconocerse sólo a las personas físicas, no a las jurídicas[15], y, además y en cuanto a aquéllas, sólo si se trata de ciudadanos de la UE domiciliados o residentes habituales en un Estado miembro o de nacionales de terceros países que residan *legalmente* de forma

15. En este sentido, ya el artículo anterior empieza diciendo que tendrán derecho a obtener la justicia gratuita «Las *personas físicas* que sean parte en un litigio contemplado en la presente Directiva…» (art. 3.1). No explica la Directiva, en su E. de M., a qué obedece la radical exclusión de las personas jurídicas del círculo de los posibles beneficiarios de la AJG; exclusión ésta que, al menos de entrada, causa sorpresa. Luego veremos qué ha dicho la jurisprudencia europea acerca de esta cuestión (vid. *infra,* apdo. I.4).

habitual en un Estado de la UE. Quedan fuera del ámbito personal de aplicación del derecho, pues, las personas jurídicas en todo caso y las personas físicas cuando sean «ilegales», esto es, nacionales de terceros países que residan o se encuentren en el territorio de un Estado de la Unión de forma irregular.

c) *Requisitos.* El art. 5 de la Directiva, titulado «Condiciones relativas a los recursos financieros», se refiere a los diversos factores que han de tenerse en cuenta para evaluar la situación económica del solicitante de la justicia gratuita y, en función de ella y de los límites definidos por el legislador nacional, reconocerle o no el derecho a la misma. Dice así este artículo: «1. Los Estados miembros concederán el beneficio de justicia gratuita a las personas contempladas en el apartado 1 del artículo 3 que no puedan hacer frente, en su totalidad o en parte, a las costas procesales mencionadas en el apartado 2 del artículo 3 debido a su situación económica, a fin de garantizar su acceso efectivo a la justicia. [/] 2. La situación económica de una persona será evaluada por la autoridad competente del Estado miembro del foro teniendo en cuenta distintos elementos objetivos como la renta, el patrimonio y la situación familiar, incluida la evaluación de los recursos de las personas que dependan económicamente del solicitante. [/] 3. Los Estados miembros podrán establecer límites por encima de los cuales se considere que los solicitantes de justicia gratuita pueden hacer frente, en su totalidad o en parte, a las costas procesales (…). Dichos límites se establecerán basándose en los criterios definidos en el apartado 2 del presente artículo (…)», es decir, los ingresos, el patrimonio y la situación familiar del solicitante. Es de señalar que este artículo termina diciendo, en su ap. 5, que «No habrá obligación de otorgar la justicia gratuita a los solicitantes en la medida en que puedan efectivamente recurrir, en el caso concreto, a otros mecanismos que cubran las costas procesales (…)».

Dicho art. 5.5 de la Directiva 2003/8/CE, pues, contempla la posible denegación de la justicia gratuita a una persona que, a pesar de su situación financiera desfavorable, pueda recurrir, en el marco del mismo asunto, a otros mecanismos que garanticen su acceso efectivo a la justicia, dado que esto —como apunta el cdo. 16 de la propia Directiva— justifica la presunción de que esa persona está en condiciones de hacer frente a las costas procesales. No aclara el mencionado precepto (tampoco la E. de M. de la Directiva) cuáles son esos «otros mecanismos que cubran las costas procesales», pero probablemente el legislador comunitario está pensando aquí en la financiación del litigio por un tercero o en que el solicitante de AJG disponga de un seguro de defensa jurídica en virtud del cual el asegurador se haga cargo de todos los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento judicial.

Por otro lado, el art. 6 de la Directiva dispone, bajo el rótulo «Condiciones relativas al fondo del litigio», que «1. Los Estados miembros podrán prever que las solicitudes de justicia gratuita relativas a una acción judicial que parezca

manifiestamente infundada puedan ser denegadas por las autoridades competentes. [/] 2. Si se ofrece un asesoramiento previo a la demanda, podrá denegarse o anularse el beneficio de justicia gratuita subsiguiente por motivos relacionados con el fondo del litigio siempre y cuando se garantice el acceso a la justicia. (…)»[16].

Este artículo, por tanto, viene a establecer que la pretensión que quiere hacer valer el solicitante deber tener una cierta sostenibilidad o viabilidad, por pequeña que sea —que esta pretensión esté mínimamente fundada, que tenga alguna base fáctica y jurídica—, y que esto puede operar, lógicamente, como un requisito más (junto con el relativo a los recursos financieros, previsto en el art. 5) para otorgar el beneficio de la justicia gratuita, puesto que el Estado no debe destinar fondos públicos a «causas perdidas», a la defensa ante los tribunales de pretensiones que carecen con claridad de cualquier fundamentación y resultan, por tanto, quiméricas o utópicas.

d) «*Continuidad de la justicia gratuita*» *(duración).* El art. 9 de la Directiva que estamos examinando regula la duración de la AJG en estos términos: «1. La justicia gratuita seguirá concediéndose total o parcialmente a los beneficiarios a fin de cubrir los gastos realizados para que una resolución sea ejecutada en el Estado miembro donde se halle el tribunal. [/] 2. Un beneficiario que en el Estado miembro donde se halle el tribunal haya recibido justicia gratuita obtendrá la justicia gratuita contemplada por el Derecho del Estado miembro en el que se solicite el reconocimiento o la ejecución. [/] 3. La justicia gratuita seguirá facilitándose en caso de interposición de un recurso, bien por el beneficiario, bien en su contra, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 5 y 6»[17].

Así pues, conforme a este artículo y concordantes de la Directiva, la justicia gratuita se extiende temporalmente desde las actividades previas al proceso, cuando sean necesarias (art. 3.2.a, antes citado), hasta los recursos que pueden interponerse —ya sea por el beneficiario o por la contraparte— y la ejecución de la sentencia dictada en el proceso correspondiente, es decir, a todas las instancias y fases de éste, siempre que sigan cumpliéndose por el beneficiario las condiciones relativas a los recursos financieros (insuficiencia de recursos para litigar) y al fondo del litigio (cierta viabilidad de la pretensión).

---

16. A este respecto, señala la E. de M. de la Directiva que «Conviene ofrecer a los Estados miembros la posibilidad de rechazar las solicitudes de justicia gratuita relativas a demandas manifiestamente infundadas o por motivos relativos al fondo del caso en la medida en que se ofrezca asesoramiento previo a la demanda y se garantice el acceso la justicia. Al resolver sobre el fundamento de una solicitud, los Estados miembros podrán denegar las solicitudes de justicia gratuita si el solicitante alega un daño a su reputación, pero no ha sufrido perjuicio material o financiero alguno, o si la solicitud se refiere a una reclamación directamente vinculada a la actividad empresarial del solicitante o al ejercicio autónomo de una profesión por parte del mismo» (cdo. 17).

17. En relación con el citado art. 9, dice la E. de M. de la Directiva que «Si se concede la justicia gratuita, debe cubrir todo el proceso, incluidos los gastos para que una sentencia sea ejecutada; el beneficiario seguirá percibiendo esta asistencia en caso de que se interponga un recurso contra él o lo interponga él mismo, siempre que se sigan cumpliendo las condiciones relativas a los recursos económicos y a la sustancia (sic. al fondo) del litigio» (cdo. 20).

e) *Extensión de la AJG a los procedimientos extrajudiciales cuando sean obligatorios.* El art. 10 de la Directiva, titulado «Procedimientos extrajudiciales», dispone que «El beneficio de justicia gratuita también cubrirá los procedimientos extrajudiciales, con arreglo a las condiciones estipuladas en la presente Directiva, cuando la ley los imponga a las partes, o cuando el juez remita a las partes en el litigio a dichos procedimientos».

> Por lo tanto, la justicia gratuita —como señala al respecto la E. de M. de la propia Directiva, cdo. 21— debe concederse en las mismas condiciones (con idénticos requisitos y prestaciones) ya se trate de procedimientos judiciales o de procedimientos extrajudiciales de solución de controversias (como la conciliación o la mediación), siempre que el recurso a éstos últimos sea obligatorio por ley o haya sido ordenado por el tribunal.

f) *Procedimiento para el reconocimiento del derecho.* El art. 15 de la Directiva establece, bajo el título «Tramitación de las solicitudes», que «1. Las autoridades nacionales competentes para pronunciarse sobre las solicitudes de justicia gratuita velarán por que se informe cumplidamente al solicitante sobre la tramitación de la solicitud. [/] 2. Las decisiones deberán ser motivadas cuando resulten total o parcialmente denegatorias. [/] 3. Los Estados miembros garantizarán la posibilidad de revisar o recurrir toda decisión denegatoria de una solicitud de justicia gratuita. Los Estados miembros podrán exceptuar los casos en que la solicitud de justicia gratuita sea denegada por un órgano jurisdiccional contra cuya resolución sobre el fondo del asunto no pueda interponerse recurso en virtud de la legislación nacional, o por un tribunal de apelación. [/] 4. Cuando los recursos contra una decisión que deniegue o anule la justicia gratuita con arreglo al artículo 6 sean de índole administrativa, siempre estarán sujetos en última instancia a una revisión judicial».

> En resumen, se exige por el mencionado artículo de la Directiva que el solicitante de AJG esté perfectamente informado de la tramitación de su solicitud; que si la decisión de la solicitud es denegatoria, esté motivada y sea, con carácter general, recurrible; y que si el recurso previsto es de naturaleza administrativa, la resolución sea revisable en última instancia por un órgano jurisdiccional.

Por último, el art. 16 de la Directiva 2003/8/CE prevé la creación de un formulario normalizado para las solicitudes de justicia gratuita que, además, esté disponible *online,* con el fin de facilitar y agilizar la tramitación y resolución de las mismas[18] (véanse, en relación con esto, los considerandos 28 y 29 de la Directiva).

---

18. La Decisión de la Comisión 2004/844/CE, de 9 de noviembre de 2004 (DO 2004 L 365), estableció este formulario para la solicitud de asistencia jurídica gratuita con arreglo a la Directiva 2003/8/CE.

1.2. La asistencia jurídica gratuita en la Propuesta de Directiva de 2017

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea (cuyas disposiciones —conviene subrayar esto— se aplicarían, si llegara a aprobarse, a los litigios con repercusión transfronteriza en materia civil y mercantil, pero nada impediría que los Estados miembros las aplicasen también a los litigios civiles puramente internos: art. 2 y considerando 6 de dicha Propuesta de Directiva), dedica a la asistencia jurídica gratuita un extenso artículo, el art. 15, en el que, tras proclamar en su ap. 1 que «a fin de garantizar una tutela judicial efectiva, los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales puedan conceder asistencia jurídica gratuita a las partes», establece lo siguiente en sus aps. 2 a 6:

«2. La asistencia jurídica gratuita podrá cubrir total o parcialmente los siguientes gastos: a) las tasas judiciales, con reducciones totales, parciales o aplazamientos; b) los gastos de asistencia jurídica y representación relativos a: i) el asesoramiento previo al proceso con el fin de alcanzar una transacción antes del inicio del proceso de conformidad con el artículo 12, apartado 1[19]; ii) el inicio y la tramitación del proceso ante el órgano jurisdiccional; iii) todos los [sic. demás] gastos relativos al proceso, incluida la solicitud de asistencia jurídica; iv) la ejecución de las resoluciones; c) otros gastos necesarios relativos al proceso con los que deban correr las partes, incluidos los gastos de testigos, peritos, intérpretes y traductores y todos los gastos de viaje, alojamiento y estancia de la parte y su representante; d) las costas que se ordene pagar a la parte ganadora de conformidad con el artículo 14[20] en el caso de que las pretensiones del demandante [sic. y beneficiario de la justicia gratuita] sean desestimadas».

3. Los Estados miembros velarán por que toda persona física que tenga la ciudadanía de la Unión, o que sea nacional de un tercer país y resida legalmente en un Estado miembro de la Unión, pueda solicitar la asistencia jurídica gratuita cuando: a) debido a su situación económica, sea incapaz de sufragar, en todo o en parte, los gastos mencionados en el apartado 2 del presente artículo, y b)

---

19. El art. 12 («Transacción») de la Propuesta de Directiva de 2017 establece en su ap. 1: «Los Estados miembros velarán por que, en cualquier fase del proceso y habida cuenta de todas las circunstancias del asunto, el órgano jurisdiccional, cuando considere que el litigio puede ser objeto de transacción, pueda proponer a las partes el recurso a la mediación para llegar a una transacción o estudiar la posibilidad de una transacción».

20. El art. 14 («Principio de condena en costas de la parte perdedora») de la Propuesta de Directiva de 2017 establece en su ap. 1: «Los Estados miembros velarán por que la parte perdedora soporte las costas procesales, que incluirán, a título de ejemplo, los gastos resultantes del hecho de que la otra parte haya sido representada por un abogado o por otro profesional del Derecho, o cualquier gasto resultante de la notificación y traducción de documentos, que sean proporcionados al valor de la demanda o que se haya necesariamente incurrido».

la acción en cuyo marco se solicita la asistencia jurídica gratuita tenga una probabilidad razonable de prosperar habida cuenta de la posición procesal del demandante, y c) el demandante que solicita la asistencia jurídica gratuita tenga derecho a ejercer la acción de conformidad con las disposiciones nacionales aplicables.

4. Las personas jurídicas podrán solicitar la asistencia jurídica gratuita consistente en la dispensa del pago anticipado de los gastos del proceso y/o de la asistencia letrada. A la hora de decidir sobre la concesión de la asistencia jurídica gratuita, los órganos jurisdiccionales podrán tomar en consideración, entre otros aspectos: a) el tipo de persona jurídica de que se trate y si tiene o no ánimo de lucro; b) la capacidad económica de los socios o accionistas; c) la capacidad de dichos socios o accionistas de obtener las cantidades necesarias para iniciar un proceso.
5. Los Estados miembros se encargarán de dar a conocer a los ciudadanos de la Unión y a las personas jurídicas el procedimiento mediante el cual pueden solicitar asistencia jurídica, en las condiciones de los apartados 1 a 4, a fin de que esta sea eficaz y accesible.
6. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2003/8/CE».

> En relación con lo dispuesto en este artículo, la propia Propuesta de Directiva de 2017 señala esto en su E. de M. (cdo. núm. 19): «Los Estados miembros deben velar por el respeto del derecho fundamental a la asistencia jurídica gratuita establecido en el artículo 47, párrafo tercero, de la Carta [CDFUE]. Todas las personas físicas o jurídicas que intervengan en litigios civiles dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, ya actúen como demandantes o como demandados, deben poder hacer valer sus derechos ante los tribunales aunque su situación financiera personal no les permita hacer frente a las costas procesales. La justicia gratuita debe incluir el asesoramiento previo a la demanda con vistas a alcanzar un acuerdo antes de iniciar el proceso, así como la asistencia jurídica y la representación letrada ante el tribunal y la ayuda para el pago de las costas procesales. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2003/8/CE del Consejo».

De la comparación del citado art. 15 de la Propuesta de Directiva de 2017 con los artículos antes mencionados de la Directiva 2003/8/CE —las normas mínimas sobre justicia gratuita en los litigios civiles transfronterizos con las que ya cuenta la UE—, fundamentalmente resulta que:

— El *contenido material del derecho a la AJG* es prácticamente el mismo en la Directiva de 2003 y en la Propuesta de Directiva de 2017.

> Efectivamente, tanto la Directiva 2003/8 como la Propuesta de Directiva de 2017 prevén que la AJG debe cubrir, de forma total o parcial, el asesoramiento previo al

proceso, la asistencia jurídica y representación letrada ante el órgano jurisdiccional y las costas procesales del beneficiario del derecho. Hay, sin embargo, varias diferencias que no son nada desdeñables: Por un lado, la Propuesta de Directiva (art. 15.2.d) establece con rotundidad —cosa que no hace la Directiva de 2003— los efectos de la condena en costas al beneficiario: la AJG incluirá las costas que se ordene pagar a la parte ganadora, como consecuencia del principio de condena en costas de la perdedora, en el caso de que las pretensiones del beneficiario del derecho sean desestimadas (norma, o mejor dicho, propuesta de norma que es, en mi opinión, acertada). Por otro, la Directiva 2003/8 (art. 10) prevé —a mi juicio, con buen criterio— que el beneficio de justicia gratuita también cubrirá los procedimientos extrajudiciales (conciliación, mediación…) cuando se les impongan a las partes por la ley o por el tribunal, mientras que la Propuesta de Directiva de 2017 no incluye los gastos relativos a estos procedimientos en el contenido material del derecho.

— El ámbito *personal de aplicación de la AJG* o círculo de beneficiarios de este derecho es mayor en la Propuesta de Directiva de 2017 (art. 15.4), dado que ésta incluye entre los posibles beneficiarios, y además con una fórmula muy amplia, a las personas jurídicas, desbordando así el ámbito personal de la Directiva 2003/8, que en ningún momento alude a ellas: según dicha Propuesta, cualquier persona jurídica podrá solicitar la AJG, tenga o no ánimo de lucro, si bien éste será uno de los factores que se podrán tomar en consideración para la concesión de la misma; en el caso de concedérseles, estas personas deberían tener derecho a obtener como AJG, por lo menos, la exención del pago anticipado de los gastos del proceso y/o de la asistencia letrada.
— En lo atinente a las *condiciones relativas a los recursos económicos* para la concesión de la AJG, tanto la Directiva 2003/8 como la Propuesta de Directiva de 2017 son, como hemos podido comprobar, poco precisas, especialmente esta última, ya que se limita a decir que podrá solicitar la justicia gratuita toda persona física que por su situación económica sea incapaz de sufragar, en todo o en parte, los gastos del proceso (art. 15.3.a).
— Por lo que se refiere a las *condiciones relativas al fondo del litigio,* frente a la fórmula empleada por la Directiva 2003/8 (podrán ser denegadas las solicitudes de justicia gratuita relativas a una acción judicial que parezca «manifiestamente infundada»: art. 6.1), la Propuesta de Directiva de 2017 emplea otra bastante más severa, y que además es doble, puesto que, como hemos visto, pone como condiciones de fondo para el reconocimiento del derecho que el demandante que lo solicita tenga, según las disposiciones nacionales, derecho a ejercer la acción y que ésta tenga una «probabilidad razonable de prosperar» (art. 15.3.b).

Dicho precepto de la Propuesta de Directiva de 2017 es, a mi juicio, desacertado, porque si llegara a aplicarse obligaría al tribunal u órgano administrativo competente para resolver la solicitud de AJG a tener que dictaminar a estos efectos sobre la *prosperabilidad de la pretensión* que quiere hacer valer el demandante, o sea, sobre el fondo del asunto, lo que, por razones obvias, resulta del todo inapropia-

do en el momento en que se formula dicha solicitud (el proceso aún no se ha iniciado o acaba de comenzar). Además, de acogerse la fórmula del precepto en cuestión, creo que se pondría excesivamente alto el «listón» de la AJG y, con ello, del acceso a la justicia de las personas sin recursos económicos: dicha asistencia se concedería por el Estado sólo para el ejercicio de acciones que, *prima facie,* parezcan manifiestamente fundadas y, por tanto, que muy probablemente serían estimadas por los tribunales. Luego volveré sobre esto.

— Finalmente y en cuanto a la *duración de la AJG,* la Directiva 2003/8 y la Propuesta de Directiva de 2017 coinciden en establecer que aquélla abarca el tiempo que va desde el asesoramiento previo al proceso, pasando por el inicio y la tramitación de éste (incluidos los sucesivos recursos que, en su caso, puedan interponerse), hasta la ejecución de la sentencia.

1.3. Las Reglas Modelo Europeas de Procedimiento Civil ELI-UNIDROIT

Las *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure* de 2020 (Reglas Modelo Europeas de Procedimiento Civil ELI-UNIDROIT, en adelante Reglas ELI-UNIDROIT) se ocupan de la justicia gratuita en el proceso civil en la regla 244 (titulada «Asistencia letrada»), que, sin entrar en honduras, dispone simplemente que[21] «(1) Las partes tienen derecho a la asistencia jurídica [sic. gratuita], según lo dispuesto por la legislación nacional, si su derecho de acceso a la justicia y a un juicio justo así lo requiere. (2) Dicha asistencia jurídica debería ser suficiente para cubrir una representación legal [sic. asistencia letrada] razonable y proporcionada cuando las disposiciones legales, la complejidad del caso o la vulnerabilidad de una de las partes así lo requieran».

La concisión de esta regla sobre justicia gratuita de ELI-UNIDROIT se justifica así en los Comentarios que la acompañan[22]: «1. La regla 244 no establece una reformulación de los enfoques de la asistencia jurídica gratuita. Proporciona una regla amplia y general, articulando el derecho a recibir asistencia jurídica. Este enfoque [sic. general] se ha tomado debido a que el derecho a la asistencia jurídica gratuita ha sido objeto de desarrollo por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un aspecto del derecho fundamental de acceso a la justicia, por los tribunales nacionales, incluidos los tribunales constitucionales, y por el Derecho de la Unión» (y en relación con éste se cita aquí el párr. 3º del art. 47 de la CDFUE, así como la Directiva 2003/8/CE). «2. Abordar todos los detalles pertinentes sobre la prestación de asistencia jurídica gratuita en las Reglas iría más allá del alcance y propósito de las mismas e, igualmente, tenderían a ser superficiales e incompletas.

21. He trabajado con la versión inglesa de Reglas ELI-UNIDROIT (la traducción es mía).

22. «Comentarios» a la Regla 244, págs. 426-247 del texto en inglés.

Además, dadas las diferencias nacionales en la organización de la financiación de la asistencia jurídica gratuita, que van más allá de las normas procesales, no sería apropiado intentar establecer un enfoque unificado dentro de estas Reglas. (…)».

Sentado esto, en los mismos Comentarios (ap. 3) se señala que «la Regla 244 (1) especifica que una parte tiene derecho a la asistencia jurídica [sic. gratuita] si su derecho a acceder a la justicia y a un juicio justo así lo requiere. Sin embargo, una parte sólo tiene derecho a la asistencia jurídica [sic. gratuita] si no hay otros medios disponibles para financiar el litigio, es decir, si la autofinanciación, el seguro de gastos legales, la financiación por tercero o los acuerdos sobre tarifas de éxito no están disponibles. La financiación de los litigios privados [sic. por el Estado a través de la AJG] siempre debe ser sólo un medio subsidiario de garantizar el derecho de acceso a la justicia y a un juicio justo». Se trata, en definitiva, de que la AJG a cargo del Estado, financiada con fondos públicos, sea en todo caso el último recurso, que se acuda a ella sólo cuando no haya ningún otro sistema que permita proporcionar asistencia jurídica a una persona que la necesite.

Y por lo que se refiere a la Regla 244 (2), se dice en los tan mencionados Comentarios (ap. 4) que esta regla tiene por objeto aclarar que la AJG debe estar disponible con carácter general, incluso para aquellas reclamaciones —como por ej. las de escasa cuantía— en las que según la legislación procesal interna de muchos países no es necesaria la intervención de un abogado en el proceso correspondiente, puesto que «la disponibilidad de la asistencia letrada es una característica fundamental del acceso a la justicia y a un juicio justo como un medio esencial para asegurar la igualdad de armas. Por lo tanto, proporciona a personas en situación de pobreza una oportunidad justa de financiar su representación legal para ayudarles en su defensa de una reclamación, y debe estar disponible en general, sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Regla».

> Así pues, con base en estos Comentarios a la Regla 244, se puede afirmar que en el tema que nos ocupa ahora las Reglas ELI-UNIDROIT giran sobre dos ideas fundamentales: 1ª) La AJG siempre debe ser sólo un medio subsidiario de garantizar el derecho de acceso a la justicia y a un juicio justo, de modo que una persona tiene derecho a dicha asistencia solamente si no hay otros medios disponibles para financiar su litigio (es decir, si la financiación por el propio litigante, el seguro de gastos legales, la financiación por un tercero o el acuerdo sobre tarifas de éxito no son factibles en ese caso). 2ª) La AJG debe cubrir al menos la representación legal (asistencia letrada) cuando las disposiciones legales, la complejidad del caso o la vulnerabilidad de una de las partes así lo requieran; y debe estar disponible con carácter general, para asegurar la igualdad de armas de las partes en el proceso, incluso en aquellos litigios en los que según la legislación nacional de un Estado no sea necesaria la intervención de abogado. En realidad, ninguna de estas ideas es rigurosamente nueva: la primera de ella ya se encuentra en el art. 5.5 y en el cdo. 16 de la Directiva 2003/8/CE; y la segunda también aparece ya en el art. 3.3 de la misma Directiva.

1.4. Jurisprudencia europea

Vamos, a continuación, a exponer resumidamente la jurisprudencia europea —del TEDH, especialmente— relativa a la asistencia jurídica gratuita, agrupando las sentencias por temas (contenido del derecho, beneficiarios, requisitos, etc.) y, dado su elevado número, limitándonos a recoger sólo las más relevantes, a nuestro entender, sobre cada uno de ellos[23].

> Como ya se apuntó, dada la estrecha relación que existe entre el párr. 3º del art. 47 de la CDFUE (derecho a la asistencia jurídica gratuita) y los art. 6.1 (derecho a un proceso equitativo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del CEDH[24], la doctrina del TEDH en materia de AJG es clave para determinar el sentido y alcance de aquel precepto de la Carta (de hecho, en numerosas sentencias del TJUE se pone de manifiesto que se ha producido una incorporación de los criterios interpretativos del TEDH al respecto: véase, entre otras, la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-279/09). Además, como también se apuntó antes, la Directiva 2003/8/CE sobre normas mínimas de justicia gratuita en los litigios civiles transfronterizos, declara en su E. de M. que las materias a las que hace referencia esta Directiva se abordan con arreglo al CEDH (y, por tanto, con arreglo también a la doctrina del TEDH).

a) *Doctrina general.* El derecho de acceso a un tribunal en el ámbito civil —es decir, el derecho a entablar procedimientos sobre esta materia ante los órganos jurisdiccionales, que es un aspecto inherente a las garantías consagradas en el art. 6.1 CEDH (SSTEDH Golder c. Reino Unido, 1975, párrs. 28-36, Zubac c. Croacia, GC, 2018, párrs. 76 y ss., Naït-Liman c. Suiza, GC, 2018, párr. 113)— debe ser «práctico y efectivo» (SSTEDH Bellet c. Francia, 1995, párr. 38, Zubac c. Croacia, GC, 2018, párrs. 76-79), habida cuenta del lugar destacado que ocupa en una sociedad democrática el derecho a un juicio justo; y la efectividad del derecho de acceso exige que una persona «goce de la posibilidad clara y concreta de impugnar ante un tribunal un acto que constituye una injerencia en sus derechos» u obligaciones de carácter civil (SSTEDH Bellet c. Francia, 1995, párr. 36, Nunes Dias c. Portugal, dec., 2003, Georgel y Georgeta Stoicescu c. Rumanía, 2011, párr. 74, Fazliyski c. Bulgaria, 2013). No obstante, según las circunstancias particulares de un asunto, este carácter práctico y efectivo del referido derecho puede verse obstaculizado, por ejemplo por el coste pro-

---

23. La jurisprudencia del TEDH sobre la justicia gratuita ha sido seleccionada a partir de una de las guías publicadas por el propio Tribunal de Estrasburgo: *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derecho a un proceso equitativo (parte civil),* elaborada por el Servicio del Jurisconsulto (y traducida al español por C. Peña Novella), 2013 (recoge la jurisprudencia del TEDH hasta el 30 de abril de 2013); y *Guide on article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (civil limb),* 2022 (actualizada al 31 diciembre de 2021; no hay por ahora traducción oficial al español de esta última Guía).

24. Así se señala en las *Explicaciones sobre la Carta…,* cit., «Explicación relativa al artículo 52-Alcance e interpretación de los derechos y principios», págs. 33 y 34.

hibitivo del proceso en relación con la capacidad económica del justiciable, debido —entre otras posibles causas— a unas costas procesales demasiado elevadas o a unas tasas judiciales excesivas (SSTEDH Aït-Mouhoub c. Francia, 1998, párrs. 57-58, García Manibardo c. España, 2000, párrs. 38-45, Kreuz c. Polonia, 2001, párrs. 60-67, Podbielski y PPU Polpure c. Polonia, 2005, párrs. 65-66, Weissman y otros c. Rumanía, 2006, párr. 42, Georgel y Georgeta Stoicescu c. Rumanía, 2011, párrs. 69-70). Esto obliga a los Estados a adoptar medidas para garantizar la igualdad de acceso a los tribunales de todos los justiciables, con independencia de sus medios económicos, estableciendo sistemas apropiados de asistencia jurídica gratuita.

b) *El Estado no está obligado a proporcionar asistencia jurídica gratuita en todos los procesos civiles; ello depende de las circunstancias particulares del caso.* El art. 6.1 CEDH no implica que el Estado deba proporcionar asistencia jurídica gratuita en todo litigio relacionado con un «derecho de carácter civil» (STEDH Airey c. Irlanda, 1979, párr. 26). De hecho, existe una clara distinción entre el art. 6.3, letra c) CEDH —que garantiza el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales bajo ciertas condiciones— y el art. 6.1 del mismo Convenio, que no hace referencia a dicha asistencia en los procesos civiles (STEDH Essaadi c. Francia, 2002, párr. 30). Sin embargo, el Convenio Europeo pretende salvaguardar derechos que sean prácticos y efectivos, especialmente el derecho de acceso a un tribunal. Por lo tanto, el art. 6.1 CEDH puede obligar a veces a los Estados a proporcionar gratuitamente la asistencia de un abogado cuando ésta resulte indispensable para poder acceder de forma efectiva a los tribunales civiles (STEDH Airey c. Irlanda, 1979, párr. 26).

La cuestión de si el art. 6.1 CEDH exige o no proporcionar gratuitamente asistencia jurídica a un litigante dependerá de las circunstancias específicas del caso (STEDH Airey c. Irlanda, 1979, párr. 26, McVicar c. Reino Unido, 2002, párr. 48, Steel y Morris c. Reino Unido, 2005, párr. 61). Lo que hay que determinar es si, a la luz de todas las circunstancias, la falta de asistencia jurídica privaría al litigante de un juicio justo (STEDH McVicar c. Reino Unido, 2002, párr. 51), por ejemplo, poniéndolo en clara desventaja con respecto a la parte contraria (STEDH Timofeyev y Postupkin c. Rusia, 2021, párrs. 107 y 101); y ello depende esencialmente de los siguientes factores: de la importancia de lo que está en juego para el solicitante de justicia gratuita (STEDH P., C. y S. c. el Reino Unido, 2002, párr. 100, Steel y Morris c. el Reino Unido, 2005, párr. 61), incluyendo si un derecho protegido por el Convenio Europeo estaba en cuestión en el procedimiento interno (STEDH Timofeyev y Postupkin c. Rusia, 2021, párr. 102); de la complejidad del Derecho o del proceso a seguir para resolver el litigio (STEDH Airey c. Irlanda, 1979, párr. 24), por ejemplo, debido a las normas especiales sobre la presentación de las alegaciones de las partes (STEDH Gnahoré c. Francia, 2000, párr. 40) o en la presentación de pruebas (STEDH McVicar c. Reino Unido, 2002, párr. 54); de la capacidad del solicitante para representarse a sí mismo de forma efectiva (STEDH McVicar c. Reino Unido, 2002,

párrs. 48-62, Steel y Morris c. Reino Unido, 2005, párr. 61), que puede referirse a la cuestión de si se proporcionó asistencia a la parte contraria a lo largo del procedimiento y a las dificultades encontradas por el solicitante para preparar su defensa (STEDH Timofeyev y Postupkin c. Rusia, 2021, párrs. 104-107); y, en fin, de la existencia de una obligación legal de disponer de asistencia letrada en el proceso de que se trate (STEDH Airey c. Irlanda, 1979, párr. 26, Gnahoré c. Francia, 2000, párr. 41 i.f.)[25].

c) *El derecho a la asistencia jurídica gratuita puede someterse a ciertas condiciones.* Aparte de lo anterior, este derecho no tiene un carácter absoluto y, por consiguiente, es admisible que se impongan por los Estados condiciones a la concesión de la asistencia jurídica gratuita, basadas, en particular, en las siguientes consideraciones: la situación económica del litigante, por un lado, y sus perspectivas de éxito en el proceso, por otro (STEDH Steel y Morris c. Reino Unido, 2005, párrs. 59-60 y 62)[26].

Por lo que se refiere a la *situación financiera del justiciable,* el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que no existe violación del art. 6.1 CEDH si el demandante se queda fuera del sistema de asistencia jurídica gratuita porque sus ingresos superan los criterios económicos establecidos en las normas nacionales aplicables, siempre que no se perjudique la esencia misma del derecho de acceso a la justicia:

---

25. Si bien el art. 6.1 CEDH no se refiere en absoluto a la AJG en los procesos civiles, los Estados pueden verse forzados a prestarla cuando sea indispensable disponer de asistencia letrada para asegurar el acceso efectivo a un órgano jurisdiccional. Esto no se aplica a todos los casos que afectan a derechos y obligaciones civiles, depende de las circunstancias particulares de cada caso: STEDH Airey c. Irlanda, 1979, párr. 26. En el caso resuelto por esta sentencia, los factores relevantes a favor de que se hubiera concedido asistencia jurídica gratuita fueron la complejidad del procedimiento y de las cuestiones de Derecho, la necesidad de acreditar los hechos por medio de complicadas pruebas, y que se trataba de un conflicto (disputa matrimonial) que tenía implicaciones emocionales que hacían muy difícil que la demandante tuviera el grado de objetividad que se necesita para actuar ante un tribunal. El TEDH falló, por todo ello, que existía en este caso violación del art. 6.1 CEDH, dado que la demandante no pudo obtener una resolución judicial de separación de su marido porque no podía permitirse un abogado financiado de forma privada.
Las circunstancias específicas de cada caso son, pues, importantes. El criterio clave es si una persona «podría presentar su caso debida y satisfactoriamente sin asistencia letrada»: STEDH McVicar c. Reino Unido, 2002, párrs. 48 y ss. En el caso resuelto por esta sentencia, el demandado publicó un artículo que apuntaba que un conocido deportista utilizaba fármacos potenciadores del rendimiento. Este deportista, una persona famosa y pudiente, presentó una demanda por difamación ante la High Court. El demandado, que no tenía representación legal, perdió el caso y tuvo que pagar las costas de la demanda. Se quejó al TEDH de que la no disponibilidad de asistencia jurídica gratuita violaba su derecho de acceso a la justicia. Era parte demandada, así que la cuestión de la asistencia jurídica tenía que ver con la equidad del proceso. El Tribunal determinó que la obligatoriedad de proporcionar gratuitamente representación legal dependía de las circunstancias concretas del caso y, en particular, de si una persona podría presentar su caso debida y satisfactoriamente sin asistencia letrada. El demandado era un periodista con buena formación y experiencia, de modo que era capaz de formular argumentos convincentes en un juicio. En estas circunstancias, el TEDH falló que no existía violación del art. 6.1 CEDH.

26. También el TJUE ha puesto de relieve que el derecho a la asistencia jurídica gratuita previsto en el párr. 3º del art. 47 CDFUE, al igual que otras garantías contempladas en el mismo artículo, no constituye un derecho absoluto, siendo admisible —y correspondiente a la práctica de los Estados miembros— la existencia de límites o condiciones a este derecho: STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-279/09, apdos. 52-54 y 62.

STEDH Glaser c. Reino Unido, 2000, párr. 99 (véase también, en el mismo sentido, STEDH Santambrogio c. Italia, 2004, párr. 58).
Respecto de las *condiciones de fondo,* en la STEDH Staroszczyk c. Polonia, 2007, párr. 129, señala este Tribunal que puede ser legítimo denegar la prestación de asistencia jurídica gratuita por razones de fondo, es decir, porque no existan *perspectivas de éxito suficiente* o porque una demanda sea de naturaleza frívola o vejatoria (por ejemplo, cuando la demanda se presenta únicamente para crear molestias al adversario). Y en la STEDH Monell y Morris c. Reino Unido, 1987, el Tribunal de Estrasburgo aludió a otro criterio, menos severo, que puede tenerse en cuenta para conceder o no la asistencia jurídica gratuita por motivos de fondo, definido como «valoración de la *sostenibilidad de la pretensión»,* para indicar la oportunidad de negar la asistencia jurídica gratuita en todos aquellos casos en los que la pretensión resulte inadmisible por considerarse contraria a las normas que rigen el proceso, o porque, simplemente, sea reiterativa de algo anteriormente ya pretendido y desestimado.

De ahí que pueda existir un sistema de asistencia jurídica gratuita que seleccione los casos que reúnen las condiciones para obtenerla, y garantice así que el dinero público destinado a dicha asistencia en los procedimientos ante el tribunal de casación sólo se ponga a disposición de aquellos cuyos recursos tengan una perspectiva razonable de éxito (STEDH Del Sol c. Francia, 2002, párr. 23). Sin embargo, el sistema establecido por el legislador nacional debe ofrecer a los individuos garantías sustanciales para protegerlos de la arbitrariedad (STEDH Gnahoré c. Francia, 2002, párr. 41, Essaadi c. Francia, 2002, párr. 36, Del Sol c. Francia, 2002, párr. 26, Bakan c. Turquía, 2007, párr. 75-76 con una referencia a la sentencia en Aerts c. Bélgica, 1998, relativa a un menoscabo de la esencia misma del derecho a un tribunal[27])[28]. Por lo tanto, es importante tener en cuenta la calidad de un sistema de asistencia jurídica dentro de un Estado (STEDH Essaadi c. Francia, 2002, párr. 35) y verificar si el método elegido por las autoridades nacionales es compatible con el CEDH (STEDH Santambrogio c. Italia, 2004, párr. 52, Bakan c. Turquía, 2007, párrs. 74-78, Pedro Ramos c. Suiza, 2010, párrs. 41-45)[29].

---

27. En dicha STEDH Aerts c. Bélgica se señala que los Estados pueden establecer mecanismos de selección para determinar si se ha de prestar o no asistencia jurídica gratuita en los litigios civiles, pero éstos no deben funcionar de manera arbitraria o desproporcionada; y que, en ese sentido, denegar dicha asistencia jurídica por el motivo de que un recurso, en el momento de solicitarse su admisión a trámite, no parecía estar fundamentado, en algunas circunstancias podría atentar contra la esencia misma del derecho del litigante a acceder a los órganos jurisdiccionales (tras esta resolución del TEDH, Bélgica modificó su legislación para limitar las denegaciones de justicia gratuita a solicitudes relativas a *pretensiones manifiestamente infundadas*).

28. El Tribunal de Luxemburgo, recogiendo esa doctrina del TEDH, también ha señalado la necesidad de que los mecanismos para seleccionar los casos susceptibles de beneficiarse de la justicia gratuita implantados por las legislaciones nacionales se inspiren en el principio de seguridad jurídica y de no arbitrariedad: STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-279/09, cit.

29. Según el Tribunal de Luxemburgo, corresponde ante todo a los órganos jurisdiccionales nacionales aclarar si determinadas condiciones para conceder la asistencia jurídica gratuita constituyen restricciones injustas del

No existe ninguna obligación para el Estado de tratar de garantizar, mediante el uso de fondos públicos, la total igualdad de armas entre la persona asistida y la parte contraria, siempre y cuando aquélla tenga una oportunidad razonable de presentar su caso en condiciones que no le coloquen en una situación de desventaja sustancial con respecto al adversario (STEDH Steel y Morris c. Reino Unido, 2005, párrs. 62 y 69-70[30]).

d) *Contenido material del derecho.* En el Derecho del Consejo de Europa (CEDH) y en el de la UE (CDFUE), no es necesario que la asistencia jurídica gratuita adopte una forma concreta; los Estados tienen libertad para decidir cómo cumplir sus obligaciones en este tema. En consecuencia, los sistemas de asistencia jurídica gratuita suelen variar mucho en cuanto a las prestaciones comprendidas en ellos (STEDH Airey c. Irlanda, 1979, párr. 26). Así, por ejemplo, dicha asistencia puede consistir en la representación o asistencia técnica sin cargo por parte de un abogado y la exención del pago de las costas procesales, incluidas las tasas judiciales (STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-279/09, apdo. 48).

e) *Beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita.* El Tribunal de Estrasburgo ha señalado que «no parece haber un consenso, ni siquiera una tendencia consolidada, entre los Estados parte del Convenio [sic. CEDH] en lo que respecta a la concesión de asistencia jurídica a las personas jurídicas. La legislación de un número importante de Estados no prevé ninguna forma de asistencia jurídica para dichas personas jurídicas»; ante esta situación, el Tribunal ha considerado que si un Estado ofrece «razones pertinentes para el tratamiento diferente de las personas físicas y jurídicas —en particular, la necesidad de controlar el uso de los fondos públicos para la financiación de los litigios por parte de las empresas privadas—», no hay violación del derecho de acceso a un tribunal de la sociedad demandante en virtud del artículo 6.1 CEDH (STEDH, Granos Orgánicos Nacionales S.A. c. Alemania, 2012, párrs. 47 y 57).

Interpretando el término *persona* («Toda persona…») utilizado en los dos primeros párrafos del art. 47 CDFUE, el Tribunal de Luxemburgo (STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-279/09, apdos. 52-54 y 62) entiende que dicho término se refiere en principio a las personas físicas, aunque «desde un punto

---

derecho de acceso a la justicia. Las restricciones no deben constituir «una intervención desmesurada e intolerable» que afecte a la propia esencia de este derecho: STJUE de 13 de junio de 2012, asunto C-156/12.

30. En el caso resuelto por esta sentencia del TEDH de 2005 un grupo de ciudadanos interesados en temas sociales y ambientales fueron demandados por la empresa multinacional McDonald's por una campaña de difusión de unos panfletos con el lema «Ce qui ne va pas avec McDonald's». En este caso, el TEDH consideró que el asunto tenía una gran complejidad y que ni la ayuda de juristas pro-bono ni la libertad de acción concedida por el juez a los demandados, que se defendieron a sí mismos, fueron suficientes para sustituir la representación legal de un abogado experimentado, con conocimiento profundo del asunto y del derecho de difamación. Por lo tanto, concluyó el TEDH que la denegación del beneficio de justicia gratuita a este grupo de personas les privó de la posibilidad de defender con efectividad su causa ante la justicia y conllevó una desigualdad de armas inaceptable en relación con las posibilidades de defensa de la empresa McDonald's, existiendo, por ello, una violación del art. 6.1 del CEDH (STEDH Steel y Morris c. Reino Unido, 2005, párrs. 69 y 70).

de vista estrictamente terminológico, no excluye a las personas jurídicas»; asimismo, el Tribunal recuerda que el derecho a la asistencia jurídica gratuita se enmarca en el contexto del Título VI de la Carta, relativo a la Justicia, en el cual se enuncian otras garantías que son de perfecta aplicación a las personas jurídicas. Sobre esta base, el TJUE concluye que no es posible excluir que el derecho consagrado en el tercer párrafo del art. 47 CDFUE pueda ser invocado también por personas jurídicas. Así pues, otorgar asistencia jurídica gratuita a las personas jurídicas no es en principio imposible, pero deberá valorarse en función de las normas nacionales aplicables y de la situación de la entidad[31] (en este caso se trataba de una empresa que quería demandar al Estado alemán por retrasar la aplicación de dos Directivas, lo que aseguraba que le había provocado perjuicios económicos, y afirmaba que debido a estos perjuicios carecía de medios para pagar las tasas judiciales y la representación legal exigida por la legislación procesal aplicable, pero la asistencia jurídica gratuita para las personas jurídicas solo estaba disponible en «circunstancias especiales»). Por lo que respecta concretamente a dichas personas jurídicas, dice el Tribunal que los órganos jurisdiccionales pueden tener en cuenta para valorar sus solicitudes de asistencia jurídica gratuita: (i) la forma de la persona jurídica en cuestión, y si ésta tiene o no ánimo de lucro[32]; (ii) los recursos económicos de sus socios o accionistas; y (iii) la posibilidad de que éstos consigan las cantidades necesarias para ejercitar la acción[33].

---

31. En el mismo sentido, pero con referencia al art. 6 CEDH, TEDH, Granos Orgánicos Nacionales S.A. c. Alemania, 2012, párr. 47 y ss.

32. El Tribunal de Estrasburgo ha declarado, en ese sentido, que un sistema de asistencia jurídica gratuita disponible exclusivamente para personas jurídicas sin ánimo de lucro, no viola el derecho de acceso a los tribunales si existe una justificación razonable y objetiva para tal restricción (por ejemplo, porque las empresas con ánimo de lucro pueden deducir los gastos legales de sus obligaciones fiscales): STEDH VP Diffusion Sarl c. Francia, 2008.

33. Esta importante Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 versa sobre la tutela judicial efectiva de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión —en particular, el derecho de acceso a un tribunal y a la asistencia jurídica gratuita— en relación con la normativa nacional alemana que denegaba la asistencia jurídica gratuita a una persona jurídica por falta de «interés general». Concretamente, el asunto era una petición de decisión prejudicial planteada por el «Kammergericht» de Alemania, que tenía por objeto la interpretación del principio de efectividad, tal como ha sido consagrado por la jurisprudencia del TJUE, con el fin de determinar si, en aplicación de este principio, debía concederse el beneficio de justicia gratuita a las personas jurídicas. Sobre este asunto, el TJUE declaró esencialmente lo siguiente en esta sentencia: El principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 47 de la CDFUE, debe interpretarse en el sentido de que no se excluye que pueda ser invocado por personas jurídicas y que la asistencia jurídica concedida en aplicación de este principio pueda incluir, en particular, la dispensa del pago anticipado de las costas del procedimiento y/o de la asistencia letrada. Corresponde al juez nacional comprobar si los requisitos para la concesión de la asistencia jurídica gratuita constituyen una limitación del derecho de acceso a los tribunales que pueda afectar a la propia esencia de este derecho, si persiguen un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Al realizar esta apreciación, el juez nacional puede tomar en consideración el objeto del litigio, la existencia de posibilidades razonables de que el demandante salga vencedor del proceso, la importancia que para éste tiene el objeto del proceso, la complejidad del Derecho y del procedimiento aplicables, así como la capacidad del demandante de defender eficazmente su causa. Para valorar la proporcionalidad, el juez nacional puede también tener en cuenta el importe de las costas de procedimiento que deben abonarse por anticipado y si éstas pueden representar o no un obstáculo insupera-

Según el Tribunal de Estrasburgo, no es contraria al art. 6.1 CEDH, en relación con el art. 14 (principio de no discriminación) del mismo Convenio, la denegación de asistencia jurídica gratuita a personas jurídicas extranjeras cuando el trato diferente de éstas en relación con las personas jurídicas nacionales está justificado por el principio de reciprocidad (STEDH, Granos Orgánicos Nacionales S.A. c. Alemania, 2012, párrs. 48-57).

f) Procedimiento. Es esencial que el tribunal motive la denegación de la asistencia jurídica gratuita, y que tramite las solicitudes de dicha asistencia con prontitud (SSTEDH Tabor c. Polonia, 2006, párrs. 45-46, Saoud c. Francia, 2007, párrs. 133-136).

1.5. Estándares europeos sobre la asistencia jurídica gratuita

Los estándares o puntos de referencia europeos en materia de AJG en el proceso civil que podemos entresacar de todo lo anterior son, a mi modo de ver, básicamente los siguientes:

— Un sistema de justicia gratuita se considera adecuado cuando garantiza las prestaciones siguientes en favor del beneficiario: asesoramiento previo al proceso con la finalidad de llegar a un acuerdo; asistencia jurídica y representación ante los tribunales en los procedimientos judiciales en que no se permita a las partes asumir personalmente su defensa, así como en los que estando ello permitido el tribunal (u otra autoridad competente) decida que dicha asistencia jurídica y representación es necesaria para garantizar la igualdad entre las partes o en vista de la complejidad del asunto; exención de las costas procesales o ayudas para sufragarlas (Directiva 2003/8/CE). Además, la AJG cubrirá las costas que se ordene pagar a la parte ganadora, como consecuencia del principio del vencimiento, cuando las pretensiones del beneficiario del derecho sean desestimadas (Propuesta de Directiva de 2017). Con respecto a la igualdad de las partes, la jurisprudencia europea ha matizado que los Estados no están obligados a tratar de garantizar, mediante el uso de fondos públicos, la total igualdad de armas entre la parte que litiga con AJG y la contraria, siempre que aquélla tenga una oportunidad razonable de presentar su caso sin padecer una desventaja sustancial.

— La AJG se reconoce a toda persona física que tenga la ciudadanía de la UE o que sea nacional de un tercer país y resida legalmente en un Estado miembro de la Unión (quedan excluidos, pues, los nacionales de terceros países que residan en

---

ble al acceso a la justicia. Por lo que respecta más concretamente a las personas jurídicas, el juez nacional puede tomar en consideración la situación de las mismas; de este modo, puede tener en cuenta, en particular, la forma de la persona jurídica en cuestión y si ésta tiene o no ánimo de lucro, los recursos económicos de sus socios o accionistas y la posibilidad de éstos de conseguir las cantidades necesarias para ejercitar la acción.

un Estado miembro de forma ilegal o irregular: Directiva 2003/8/CE y Propuesta de Directiva de 2017). También puede reconocerse a las personas jurídicas, si bien la concesión a éstas de dicha asistencia dependerá, entre otros factores que los tribunales podrán tomar en consideración, de si tienen o no ánimo de lucro (Propuesta de Directiva de 2017, haciéndose eco de la jurisprudencia europea en este sentido, tanto del TEDH como, sobre todo, del TJUE). No obstante, el TEDH ha declarado que no es contraria al CEDH la denegación de AJG a personas jurídicas extranjeras con base en el principio de reciprocidad.

— El derecho a la AJG no tiene un carácter absoluto y, por tanto, puede someterse a ciertas condiciones o requisitos, que giran en torno a la situación económica del litigante que solicita dicha asistencia y a sus perspectivas de éxito en el proceso (jurisprudencia europea reiterada).

La situación económica del solicitante de justicia gratuita se evaluará teniendo en cuenta distintos elementos objetivos, como la renta, el patrimonio y la situación familiar. Los Estados definirán libremente los límites económicos por encima de los cuales consideran que una persona puede hacer frente a las costas procesales y, en consecuencia, no tiene derecho a la AJG (Directiva 2003/8/CE); negar dicha asistencia a una persona cuya situación financiera supera esos límites, no viola el CEDH (jurisprudencia europea reiterada). Además, no habrá obligación de otorgar AJG a los solicitantes que, pese a su situación financiera desfavorable, puedan efectivamente recurrir, en el caso concreto, a otros mecanismos que cubran las costas del proceso (Directiva 2003/8/CE), tales como el seguro de defensa jurídica, la financiación por un tercero o los acuerdos sobre tarifas de éxito, porque la financiación de los litigios privados por el Estado a través del sistema de AJG siempre debe ser sólo un medio subsidiario de garantizar el derecho de acceso a la justicia y a un juicio justo (Comentarios a las Reglas ELI-UNIDROIT).

En cuanto a la condición «de fondo» de la AJG relativa a las perspectivas de éxito en el proceso por parte del solicitante, la principal norma comunitaria en esta materia —la Directiva 2003/8/CE— establece que los Estados podrán denegar las solicitudes de justicia gratuita cuando el solicitante pretenda entablar una demanda que parezca «manifiestamente infundada», esto es, del todo insostenible (en esta línea, parte de la jurisprudencia europea ha aludido a la «sostenibilidad de la pretensión» del solicitante como criterio a tenerse en cuenta para conceder o no la AJG). La Propuesta de Directiva de 2017, sin embargo, es más exigente en este punto, ya que supedita la concesión de la AJG a que el demandante que la solicita tenga «derecho a ejercer la acción» de conformidad con las disposiciones nacionales aplicables y a que esta acción tenga una «probabilidad razonable de prosperar» (otra parte de la jurisprudencia europea se ha referido, en este sentido, a que puede ser legítimo denegar la AJG porque no existan perspectivas de éxito suficientes).

— Además de las condiciones anteriores, la concesión de la AJG en los litigios civiles depende, según la jurisprudencia europea, de las circunstancias particu-

lares de cada caso, y en especial de la importancia de lo que está en juego para el solicitante de justicia gratuita, de la complejidad del Derecho o del procedimiento de que se trata, de la capacidad del solicitante para representarse a sí mismo de forma efectiva, y de la existencia de una obligación legal de disponer de asistencia letrada en ese proceso.

— En el orden temporal, la AJG, una vez concedida, debe cubrir las actividades previas al proceso, cuando sean necesarias, y todo el proceso posterior, incluida la ejecución de la sentencia. El beneficiario continuará disfrutando de esta asistencia en caso de que se interponga un recurso contra él o lo interponga él mismo, siempre que se sigan cumpliendo las condiciones relativas a los medios económicos y al fondo del litigio (Directiva 2003/8/CE y Propuesta de Directiva de 2017).

— La AJG debe concederse, en los términos señalados (mismos requisitos y prestaciones), también para los procedimientos extrajudiciales de solución de controversias —como la conciliación o la mediación—, siempre que el recurso a ellos sea obligatorio según la ley o haya sido ordenado por un tribunal (Directiva 2003/8).

— Los Estados tienen el deber de facilitar información a los potenciales beneficiarios de la AJG acerca de este derecho y, sobre todo, del procedimiento que han de seguir para solicitarlo, a fin de que sea accesible y eficaz (Propuesta de Directiva de 2017). Debe haber un formulario de solicitud normalizado y que esté disponible en internet, para hacer más fácil y rápida su cumplimentación y tramitación (Directiva 2003/8/CE). Se ha de informar cumplidamente al solicitante acerca de la tramitación de su solicitud; si la decisión sobre ella es denegatoria, debe estar motivada y ser, con carácter general, recurrible; y si este recurso es de carácter administrativo, la resolución dictada en él será revisable en última instancia por un órgano jurisdiccional (Directiva 2003/8/CE; respecto de la exigencia de motivación de la resolución negativa, también hay jurisprudencia europea reiterada).

2. Legislación y jurisprudencia españolas

2.1. Visión panorámica de la normativa española sobre la asistencia jurídica gratuita

Como es sabido, el art. 119 CE proclama que «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar»; y el art. 20 LOPJ, tras recoger esta declaración constitucional, ordena que por medio de una ley ordinaria se regule un sistema de justicia gratuita que dé efectividad a los derechos reconocidos en los arts. 119 y 24 CE.

> La relación existente entre el derecho a la justicia gratuita de las personas que carecen de suficientes recursos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ha sido puesta de manifiesto en numerosas ocasio-

> nes por el Tribunal Constitucional: el art. 119 CE «consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, pues su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar»[34].

Estas previsiones de la CE y la LOPJ fueron objeto de desarrollo legislativo a través de la *Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita* (en adelante LAJG) y el RD 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de AJG (en adelante RAJG). La LAJG de 1996 ha sufrido diversas modificaciones[35]; y el RAJG de 2003 ha sido derogado y sustituido por otro de 2021, aprobado por RD 141/2021, de 9 de marzo[36].

> Nótese que la Ley 1/1996 *de Asistencia Jurídica Gratuita,* como indica su nombre, va más allá del mandato constitucional, pues la CE se limita a reconocer la «justicia gratuita», es decir, un derecho consistente en facilitar el acceso a la jurisdicción de forma gratuita a quienes carezcan de recursos propios suficientes para afrontar los costes económicos del proceso; en cambio, la LAJG concede el derecho a la «asistencia jurídica gratuita» que, entre otras cosas, abarca el asesoramiento jurídico previo al proceso o el encaminado a evitar un proceso posterior. Hasta la LAJG de 1996 el derecho a la justicia gratuita, atendiendo estrictamente a lo que dice la CE, abarcaba tan sólo los gastos en que incurrían los justiciables una vez iniciado

---

34. Así, STC-Pleno 95/2003, de 22 de mayo (BOE núm. 139 de 10 de junio de 2003, págs. 51 y ss.). La doctrina constitucional al respecto se compendia en la reciente STC-Sala 1ª 43/2022, de 21 de marzo (BOE núm. 103 de 30 de abril de 2022, págs. 59170 y ss.), FJ 3.
El TC ha puesto en relación el derecho a la AJG de quienes carecen de recursos para litigar (art. 119 CE), además de con el derecho a la tutela judicial efectiva, con otros derechos fundamentales: «Este Tribunal tiene declarado que la gratuidad de la asistencia jurídica consagrada en el art. 119 CE es instrumento y concreción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la igualdad de armas procesales y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), y que no sólo consagra una garantía de los intereses de los justiciables, sino también de los intereses generales de la justicia, ya que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho y, por ello, indirectamente, coadyuva al ejercicio de la función jurisdiccional» (STC-Sala 1ª 9/2008, de 21 de enero —BOE núm. 40 de 15 de febrero de 2008, págs. 33 y ss.—, FJ 2, con cita de otras muchas sentencias de este Tribunal en el mismo sentido).

35. Las modificaciones más relevantes de la LAJG se han producido por la Ley 16/2005, de 18 de julio, para regular las especialidades de la AJG en los litigios transfronterizos civiles y mercantiles de la UE (mediante esta Ley se incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2003/8/CE); por el RDL 3/2013, de 22 de febrero, de modificación del régimen de tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del sistema de asistencia jurídica gratuita; y por la Ley 42/2015, de 6 de octubre, de reforma de la LEC (que también modificó, y de forma importante, la LAJG).

36. El RAJG de 2021 ha sido modificado recientemente por el RD 586/2022, de 19 de julio; esta modificación tiene como objetivo principal requerir un plus de exigencia a los profesionales de la abogacía y la procura que prestan servicios de AJG a víctimas de violencia de género (no podrán contar con antecedentes penales por hechos de similar naturaleza a aquellos de los que haya resultado víctima la beneficiaria de la AJG).

el proceso (los gastos de asesoramiento y orientación previos al proceso quedaban excluidos).

La LAJG regula de forma unitaria el sistema de AJG, es decir, para todo tipo de procesos judiciales, incluidos el recurso de amparo constitucional, la vía administrativa previa cuando así se establezca en la legislación específica, así como el asesoramiento previo al proceso (art. 1, párr. 3º LAJG). Puesto que en este trabajo se trata de determinar si el proceso civil español actual cumple o no los estándares europeos sobre AJG, vamos a ver a continuación los rasgos esenciales del sistema de asistencia jurídica gratuita articulado por la LAJG en lo que atañe a dicho proceso.

2.2. Rasgos esenciales de nuestro sistema de asistencia jurídica gratuita en el proceso civil

a) Beneficiarios de la AJG. En los *procesos civiles «domésticos»* o puramente internos (luego nos referiremos a los procesos civiles transfronterizos de la UE), tienen derecho a la AJG los siguientes sujetos (art. 2 LAJG):

a') Personas físicas. Tratándose de personas físicas, son titulares de este derecho, en términos generales, tanto los españoles, como los comunitarios y los extranjeros. Más en concreto:

— Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la UE, así como los extranjeros *que se encuentren en España*. Todas estas personas tendrán que acreditar la insuficiencia de recursos para litigar (art. 2, letra a).

En su redacción originaria la LAJG hacía referencia a los extranjeros «que residan legalmente en España», pero este inciso del art. 2.a) de la ley fue declarado inconstitucional por el TC, en la medida en que excluía del derecho a la AJG a los extranjeros que se encontraran en España de forma ilegal, vulnerándose así el art. 24 CE al no respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva[37].

37. Así, STC-Pleno 95/2003, de 22 de mayo (BOE núm. 139 de 10 de junio de 2003, págs. 51 y ss.). Señala el TC en esta sentencia (FJ 4 y 5) que a los extranjeros, con independencia de la regularidad administrativa o no de su situación en España, se les reconoce la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva, y toda persona física que sea titular de dicho derecho fundamental habrá de gozar, en relación con cualquier tipo de proceso, también del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar, pues de lo contrario su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad. En el mismo sentido y con cita de la anterior, STC-Pleno 236/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007).
La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social dispone en el ap. 1 de su art. 22, reformado en varias ocasiones (la última por la LO 2/2009), que «Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los

— Las personas con una invalidez permanente causada por un accidente, para los procesos de reclamación de la indemnización correspondiente. Concretamente, la LAJG alude «a quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos». Estas personas no han de acreditar la insuficiencia de recursos para litigar (art. 2, letra h).

— Quienes se encuentren en alguno de los excepcionales casos previstos en el art. 5.1 LAJG (personas en circunstancias familiares especiales) o en el art. 5.2 LAJG (personas en circunstancias de salud especiales, personas con discapacidad señaladas en el art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, así como las personas que las tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en nombre e interés de aquéllas), siempre que se trate, en los supuestos contemplados en el art. 5.2 LAJG, de procesos que guarden relación con las mencionadas circunstancias de salud o discapacidad. El art. 5 LAJG no dice expresamente que estas personas deban acreditar insuficiencia de recursos para litigar, pero de su redacción se desprende que así es.

A estas personas se les podrá reconocer excepcionalmente el derecho a la AJG aunque sus recursos e ingresos superen los límites previstos en el art. 3 LAJG (pero siempre que no excedan del quíntuplo del IPREM, teniendo en cuenta también la carencia de patrimonio suficiente). Además, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente determinará en cada caso qué prestaciones de las comprendidas en el derecho a la AJG (enumeradas en el art. 6 LAJG) son de aplicación a tales personas (puede, pues, concedérseles la gratuidad plena o parcial).

— Finalmente, en los *litigios transfronterizos de la UE en materia civil y mercantil* (proceso monitorio europeo, proceso europeo de escasa cuantía…), tendrán derecho a la AJG las personas físicas contempladas en el cap. VIII de la LAJG, en los términos que en él se establecen (art. 2, letra f); es decir, «las personas físicas que sean ciudadanos de la Unión Europea o nacionales de terceros países que residan *legalmente* en uno de los Estados miembros» (art. 46.1 LAJG)[38], cuando, entre otros requisitos, acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 49.1 LAJG).

---

que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles».

38. Nótese que en los litigios transfronterizos de la UE tendrán derecho a la AJG, según el citado art. 46.1 LAJG, aparte de los ciudadanos de la UE (todos los nacionales de cualquiera de los Estados miembros), exclusivamente los *nacionales de terceros países con residencia legal en la Unión.* Esta restricción de los beneficiarios del derecho, que no existe en nuestros litigios internos (en éstos, como hemos visto, tienen derecho a la AJG los extranjeros que se encuentren en España, con independencia de si residen de forma legal o no en nuestro país), trae causa, claro, de lo que establece al respecto la Directiva 2003/8/CE en su art. 4, como tam-

Afirma GASCÓN INCHAUSTI[39] que en el orden jurisdiccional civil también se reconoce el derecho a la AJG, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a las dos concretas categorías de personas a que se refiere la letra g del art. 2 LAJG: de un lado, las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas; de otro, los menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones de los arts. 149 y 150 CP, del delito de maltrato habitual del art. 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos[40].

a'') *Personas jurídicas.* Según la propia LAJG (art. 2, letra c) también tienen derecho a la AJG en el proceso civil las personas jurídicas siguientes[41]: 1º) las Asociaciones de utilidad pública, previstas en el art. 32 de la LO 1/2002 reguladora del Derecho de Asociación; y 2º) las Fundaciones inscritas en el Registro público correspondiente, reguladas en la Ley 50/2002 de Fundaciones. Estas dos clases de personas jurídicas (ambas son, por definición, entidades sin ánimo de lucro que persiguen fines de interés general) han de acreditar la insuficiencia de recursos para litigar.

Además, tienen reconocido este derecho, sin necesidad de que acrediten su insuficiencia de recursos para litigar, la Cruz Roja Española; las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, en los términos previstos en el art. 2.2 —sic. ahora art. 9— de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios, esto es, en aquellos procesos que tengan por objeto proteger los derechos de dichos consumidores y usuarios que guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado[42]; y las Asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los

---

bién hemos visto. Al transponer esta Directiva, con base en el art. 19 de la misma, el legislador español podía haber establecido disposiciones más favorables en cuanto a los beneficiarios de la justicia gratuita en los litigios transfronterizos, pero no lo hizo.

39. *Derecho Procesal Civil. Materiales para el estudio,* 3ª edición, Curso 2021/2022, edición digital, pág. 63.

40. En mi opinión, sin embargo, a tales personas la LAGJ, implícitamente, les reconoce el derecho a la AJG en el orden jurisdiccional penal, para los distintos procesos penales que puedan iniciarse como consecuencia de la condición de víctima de los delitos a que se refiere esta letra del art. 2. Nótese, en este sentido, que el párr. 3º del mismo art. 2, g) LAJG prevé que «A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá *cuando se formule denuncia o querella, o se inicie un procedimiento penal*, por alguno de los delitos a que se refiere esta letra, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el *procedimiento penal* o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria (…)».

41. Siempre y cuando se trate de *litigios puramente internos.* Porque para los *litigios transfronterizos de la UE en materia civil y mercantil,* la LAJG —al igual que la Directiva 2003/8/CE sobre justicia gratuita en estos litigios— excluye a todas las personas jurídicas del derecho a la AJG: «En los litigios transfronterizos tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita … *exclusivamente las personas físicas,* …» (art. 46.1 LAJG). Tampoco en este punto el legislador español quiso establecer disposiciones más favorables, que incluyeran a determinadas personas jurídicas, al transponer la Directiva de 2003.

42. Sobre el alcance del derecho a la AJG de una asociación de consumidores, puede consultarse la STC 217/2007, de 8 de octubre (TOL 1173559); también la STC 117/1998, de 2 de junio (TOL 80974).

derechos de las personas con discapacidad, señaladas en el art. 1.2 de la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (Disposición adicional segunda LAJG). Nótese que, de nuevo, todas estas son entidades sin ánimo de lucro que persiguen fines de interés general[43].

> Apunta GASCÓN INCHAUSTI[44] que en el orden jurisdiccional civil también se reconoce el derecho a la AJG, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a las asociaciones que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas del terrorismo, señaladas en la Ley 29/2011 de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo (letra i del art. 2 LAJG). Pero, en mi opinión, la defensa de los derechos de las víctimas del terrorismo por parte de tales asociaciones se llevará a cabo, generalmente, en procesos penales.

b) *Requisitos básicos para el reconocimiento de este derecho.* El derecho a la AJG reconocido en el art. 119 CE, como ha señalado el TC, no es un derecho absoluto e ilimitado; por el contrario, se trata de un derecho de configuración legal y, por tanto, el legislador puede otorgarlo a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes[45]. Pues bien, de la conjunción de lo dispuesto, fundamentalmente, por los arts. 3 y 32 LAJG resulta que tal derecho solo podrá reconocerse cuando se cumplan en el caso concreto tres presupuestos o requisitos básicos: la posesión de un determinado estado económico por parte del solicitante (que, como regla, éste deberá acreditar), consistente en carecer de recursos propios suficientes para afrontar los gastos del proceso; litigar por derechos o intereses propios, a fin de evitar fraudes; y la sostenibilidad o viabilidad de la pretensión del solicitante.

b') *Insuficiencia de recursos para litigar.* La expresión «insuficiencia de recursos para litigar» empleada por el art. 119 CE es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción, como ha dicho el TC, corresponde al legislador ordinario, dentro del amplio margen de libertad de configuración que es propio de su potestad legislativa[46].

---

43. El TC ha declarado que resulta compatible con la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE la decisión del legislador ordinario de reconocer el derecho a la AJG tan solo a ciertas personas jurídicas, pues el contenido indisponible que encierra el art. 119 CE (y que supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes de exigírseles el pago de los gastos procesales se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal y familiar) se circunscribe a las personas físicas: así, STC-Pleno 95/2003, de 22 de mayo, cit., FJ 4 (recogiendo los criterios establecidos sobre esta cuestión en las SSTC 16/1994, de 20 de enero, y 117/1998, de 2 de junio).

44. *Derecho Procesal Civil…,* cit., pág. 64, último párr.

45. En este sentido, STC-Pleno 95/2003, de 22 de mayo, cit., FJ 3.

46. En tal sentido, STC-Pleno 95/2003, de 22 de mayo, cit., FJ 4. Dice la misma sentencia, haciéndose eco de otra, que para la concreción de este concepto jurídico indeterminado el legislador, en principio, podría utilizar diferentes sistemas: «Podría, por ejemplo, fijarlo a partir de criterios objetivos, como el de una determinada cantidad de ingresos, u optar por un sistema de arbitrio judicial dejándolo a la decisión discrecional de los jueces o de éstos y otras instancias, o podría utilizar fórmulas mixtas limitándose a establecer las pautas gené-

Con respecto a las *personas físicas,* se entiende que hay insuficiencia de recursos para litigar cuando carecen de patrimonio suficiente (esto es, de bienes inmuebles que no constituyan su vivienda habitual, así como de rendimientos del capital mobiliario) y sus recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar[47], no superan ciertos umbrales o límites. En concreto, estos límites son los siguientes: 1º) dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en el momento de efectuar la solicitud[48], cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar; 2º) dos veces y media el IPREM cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros; y 3º) el triple del IPREM cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente (art. 3.1 LAJG). No obstante, en atención a circunstancias excepcionales —por ejemplo, número de hijos o familiares a cargo del solicitante— se podrá reconocer excepcionalmente el derecho a la AJG, como hemos visto ya, a personas cuyos ingresos, aun superando los límites anteriores, no excedan del quíntuplo del IPREM (art. 5 LAJG).

> Para comprobar la insuficiencia de recursos para litigar se tendrán en cuenta, además de las rentas y otros bienes patrimoniales o circunstancias que declare el solicitante, los signos externos que manifiesten su real capacidad económica. Se negará el derecho a la AJG si dichos signos, desmintiendo la declaración del solicitante, revelan con evidencia que éste dispone de medios económicos que superan el límite fijado legalmente (art. 4.1 LAJG).

Respecto de las *personas jurídicas* mencionadas en la letra c) del art. 2 LAJG (Asociaciones de utilidad pública y Fundaciones inscritas), se entiende que padecen insuficiencia de recursos para litigar y, por tanto, se les reconocerá el derecho a la AJG cuando, careciendo de patrimonio suficiente, el resultado

---

ricas que debe ponderar el juez al conceder o denegar las solicitudes de gratuidad (número de hijos o parientes a cargo del solicitante, gastos de vivienda, características del proceso principal, etc.) (STC 16/1994, de 20 de marzo)». El legislador de la LAJG de 1996 optó por el primero de estos sistemas.

47. Excepto cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia, en cuyo caso los medios económicos serán valorados individualmente (art. 3.3 LAJG).

48. Hasta mediados de 2004, el índice que se utilizaba a estos efectos era el salario mínimo interprofesional (SMI), siendo sustituido por el IPREM a través del RD 3/2004, de 25 de junio. Desde entonces, este indicador público es empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, subvenciones o subsidios de desempleo (el SMI quedó restringido a otros asuntos). El IPREM ha ido creciendo a un ritmo menor que el SMI, facilitando de esta forma el acceso a las ayudas públicas para las economías familiares más desfavorecidas. El IPREM fijado para el año 2022 por la Ley de Presupuestos asciende a 579,02 € (IPREM mensual), 6.948,24 € (IPREM anual 12 pagas) y 8.106,28 € (IPREM anual 14 pagas): Información disponible *online* en: http://www.iprem.com.es/

contable de la entidad en cómputo anual sea inferior a la cantidad equivalente al triple del IPREM (art. 3.5 LAJG).

Acerca de este requisito básico, nuestro Tribunal Constitucional, refiriéndose al SMI como herramienta para calcular el acceso a la AJG en función del nivel de renta del solicitante (pero el razonamiento es válido también para el IPREM, incluso más válido, dado que la cuantía de éste es inferior a la de aquél), ha declarado expresamente la constitucionalidad de reconocer el derecho a la AJG con base en un baremo económico como el salario mínimo interprofesional, y en particular la constitucionalidad del baremo del doble del salario mínimo interprofesional para poder reconocer el derecho a la AJG a una persona física no integrada en ninguna unidad familiar. Según el TC, ese dinero (actualmente, en 2022, el doble del IPREM anual, en 14 pagas, son 8.106,28 € x 2 = 16.212,56 €) señala el nivel de subsistencia personal y familiar mínimo que impone evitar gastos, como los jurídicos, que suponen, en caso de incurrir en ellos, dejar de lado la atención de necesidades vitales. Dicho en otras palabras, el TC entiende que por debajo de ese nivel de ingresos no es posible exigir a nadie el desembolso de dinero para poder acceder a la justicia y que, por tanto, ésta debe ser gratuita (STC-Pleno 16/1994, de 20 de enero, TOL 82425).

> Más concretamente, esta importante STC 16/1994 señala lo siguiente: a) Que el derecho a la gratuidad de la justicia (art. 119 CE) es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias. Sin embargo, al llevar a cabo la referida configuración legal, el legislador no goza de una libertad absoluta, sino que en todo caso debe respetar un contenido constitucional indisponible (FJ 3). b) Que a pesar de la indeterminación de la cláusula utilizada en el art. 119 CE, la fórmula constitucional («en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar») encierra un núcleo indisponible que, sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos (FJ 3). c) Que la utilización del doble del salario mínimo (ahora el doble del IPREM: art. 3.1.a LAJG) como criterio objetivo para determinar el límite económico por debajo del cual se tiene derecho a la justicia gratuita, es un criterio respetuoso con el contenido indisponible del art. 119 CE. El legislador español recurre con frecuencia al salario mínimo interprofesional (ahora al IPREM) como dato objetivo a partir del cual mide la capacidad económica para acceder a determinados beneficios o ayudas públicas (becas de estudio, beneficios fiscales, ayudas para el acceso a determinadas viviendas, etc.). También lo utiliza como criterio para fijar el nivel económico mínimo de subsistencia, cuya

garantía viene exigida por el principio del respeto a la dignidad humana, que actúa, junto con otros elementos, para determinar, por ejemplo, la cuantía de recursos inembargables (FJ 4). d) Que la adopción de un criterio objetivo estricto para la justicia gratuita plena (actual art. 3 LAJG), completado con un mecanismo más flexible de justicia gratuita parcial en el que se ponderan circunstancias personales y familiares (actual art. 5 LAJG), resulta una opción plenamente admisible desde el punto de vista constitucional. En cuanto a la forma concreta en la que el legislador ha plasmado estos criterios —ingresos o recursos inferiores al doble del salario mínimo interprofesional para la justicia gratuita plena, y entre el doble y el cuádruplo de esta cifra (ahora entre el doble y el quíntuplo del IPREM: art. 5.1 LAJG) para obtener la gratuidad parcial siempre que se acrediten determinados gastos— debe considerarse que respeta el contenido mínimo indisponible del art. 119 CE (FJ 4). Y e) Que no cabe duda que el criterio objetivo y general de fijar el límite de la gratuidad plena en el doble del salario mínimo interprofesional (ahora el doble del IPREM) es plenamente razonable y proporcional al fin perseguido. En efecto, puesto que la finalidad de los artículos mencionados (esta STC se refería aquí a los arts. 13 y ss. de la LEC anterior, dedicados a la justicia gratuita) no es otra que la de dar satisfacción al mandato institucional del art. 119 CE garantizando la administración gratuita de la justicia a quienes acrediten insuficiencia de recursos, no es irrazonable la utilización de los ingresos o recursos como criterio de diferenciación, ni es desproporcionado el límite del doble del salario mínimo (ahora el doble del IPREM), ya que permite atribuir la gratuidad de la justicia a la práctica totalidad de personas que se verían imposibilitadas de litigar por falta de recursos, en tanto que las excluidas también cabe suponer que en su práctica totalidad podrán hacer frente a los gastos procesales, máxime teniendo en cuenta la previsión legal de la gratuidad parcial (FJ. 5).

b'') *Sostenibilidad o viabilidad de la pretensión que quiere hacer valer el solicitante de AJG.* A fin de prevenir abusos —el ejercicio abusivo o temerario a cargo del erario público del derecho de acceso a la jurisdicción, esto es, evitar procesos inútiles que no se iniciarían de no disfrutar el demandante de AJG—, la Ley articula un mecanismo para que pueda analizarse la sostenibilidad o no de la pretensión del solicitante de la AJG. Establece el art. 32 LAJG que «Cuando el Abogado designado para un proceso considere insostenible la pretensión que pretende hacerse valer, deberá comunicarlo a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, dentro de los 15 días siguientes a su designación, exponiendo los motivos jurídicos en los que fundamenta su decisión. (…)»[49].

---

49. Los artículos siguientes (arts. 33, 34 y 35 LAJG) regulan el procedimiento que se seguirá en tal caso: se trata de un procedimiento administrativo ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que terminará, bien con el nombramiento de un segundo abogado si el Colegio de Abogados o el Ministerio Fiscal —en los dictámenes emitidos a petición de la Comisión— estimaran defendible la pretensión (para el nuevo abogado la defensa será obligatoria, es decir, no podrá volver a considerar que la pretensión es insostenible), bien con la desestimación de la solicitud si el Colegio de Abogados y el Ministerio Fiscal estimaran indefendible la pretensión. Esta resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita podrá impugnarse ante los tribunales (concretamente ante al juzgado competente si el proceso ya se hubiera iniciado o ante el juzgado al que

La mayoría de la doctrina entiende —y comparto este criterio— que el requisito de la sostenibilidad o viabilidad de la pretensión sólo opera respeto de la parte demandante, dado que si en los órdenes civil, contencioso-administrativo y laboral (el orden penal queda fuera de toda duda) se analizara también la viabilidad de la pretensión defensiva del demandado, podría resultar conculcado el derecho de defensa de esta parte[50].

No aclara la LAJG qué debe entenderse por pretensión «insostenible», «inviable» o «indefendible» (expresiones utilizadas por la Ley en los arts. 32 a 35). Interpretadas literalmente, parece claro que tales expresiones se refieren al caso en que el derecho que se pretende ejercitar por el justiciable —o mejor, la petición de tutela jurídica que el actor dirigirá al tribunal— no tiene base alguna, de carácter fáctico (hechos y pruebas sobre los mismos inexistentes o manifiestamente insuficientes) y/o jurídico (fundamentos de Derecho inexistentes o manifiestamente insuficientes)[51], de modo que es prácticamente seguro que serán desestimadas sus pretensiones.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta cuestión: SSTC 206/1987, 12/1998, 7/2008, etc. De la última de ellas —STC 7/2008, de 21 de enero, FJ 2— se desprende que «pretensión insostenible», a efectos de denegar el derecho a la AJG, es aquella que resulta absurda o descabellada, manifiestamente abocada al fracaso y que, por lo tanto, no merece ser financiada con dinero público.

> Exactamente, esta STC 7/2008 dice, en relación con lo que interesa ahora, lo siguiente: «(…) la denegación del beneficio de asistencia jurídica gratuita por insostenibilidad de la pretensión, conforme al procedimiento establecido en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, no supone *per se* infracción alguna del derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable (…) pues, como hemos señalado en la STC 12/1998, de 15 de enero, FJ 4 a), la denegación de dicho beneficio 'tiende, ante todo, a asegurar que el esfuerzo social colectivo y solidario que requiere el disfrute de tal beneficio por parte de los ciudadanos más desfavorecidos económicamente no vaya a parar a la defensa de pretensiones que, por absurdas o descabelladas, no resulten merecedoras de ser sufragadas con dinero público; persiguiendo, además, la finalidad de evitar el ejercicio abusi-

---

corresponda por turno de reparto si el proceso no se hubiera iniciado aún), dado que todas «las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan, revoquen o denieguen el derecho a la asistencia jurídica gratuita» se «podrán impugnar» ante los juzgados o tribunales por «quienes sean titulares de un derecho o de un interés legítimo» (art. 20.1 LAJG).

50. Vid. en este sentido y entre otros, CEDEÑO HERNÁN, M., «Asistencia jurídica gratuita», en *Ejercicio Profesional de la Abogacía 2021* (Memento Práctico Francis Lefebvre), coor. M.B. Campuzano y M. Enciso, Madrid 2020, pág. 232.

51. En ese sentido, la STS-3ª de 14 de septiembre de 2021 (Roj: STS 3323/2021) resuelve un caso de denegación por la Comisión de AJG (a la vista del criterio coincidente del letrado designado de oficio, del Colegio de Abogados y del M. Fiscal) del derecho a la AJG por insostenibilidad de la pretensión de proceder penalmente contra una abogado por el delito de deslealtad profesional, *al no haber presentado el solicitante alegaciones y pruebas que fundamenten tal pretensión,* pese a habérsele requerido para ello (vid. FJ 4 de la citada sentencia).

> vo o temerario del derecho de acceso a la jurisdicción en defensa de pretensiones manifiestamente abocadas al fracaso, designio éste que, como ya declaramos en la STC 206/1987, se encuentra entre los que legítimamente puede perseguir el legislador a la hora de limitar el libre ejercicio del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales'. Por otra parte, como también señalamos en la STC 12/1998, FJ 4 b), 'el hecho de que no sea un órgano judicial el que, en último término, se pronuncie sobre la sostenibilidad o no de la pretensión a los efectos de la pérdida del beneficio de asistencia jurídica gratuita, tampoco puede ser tenido por contrario al art. 24.1 CE, por cuanto el simple examen acerca de si el ejercicio de una pretensión procesal es o no jurídicamente viable no puede, en modo alguno, equipararse al enjuiciamiento sobre el fondo de aquella'; a lo que se añade que 'la obtención de una decisión sobre la sostenibilidad de la pretensión por parte de un órgano totalmente ajeno a los intereses particulares del beneficiario de la asistencia jurídica gratuita… también se encuentra perfectamente asegurada con el sistema que residencia dicha decisión en los Colegios de Abogados y en el Ministerio Fiscal, órganos que se hallan en una posición de imparcialidad y objetividad, dado que carecen de interés propio alguno sobre la pretensión del beneficiario de la asistencia jurídica gratuita cuya sostenibilidad o no han de dictaminar, y, además, son órganos que cuentan con la adecuada cualificación técnica … lo que les capacita específicamente para llevar a cabo la función de dictaminar si una determinada pretensión merece o no ser enjuiciada, por esta vía de la gratuidad, por los Juzgados y Tribunales del Poder Judicial' ».

b''') *Litigar en defensa de derechos o intereses propios.* En principio, el derecho a la AJG solo podrá reconocerse, según el ap. 4 del art. 3 LAJG, a quienes litiguen en defensa de derechos o intereses propios. La finalidad de esta exigencia es clara: se trata, como se ha dicho, de evitar corruptelas consistentes en ceder los derechos en litigio a una persona carente de medios económicos, para que ésta litigue por ellos de forma gratuita[52].

No obstante, también se podrá reconocer la gratuidad de la justicia —según el mismo precepto— a quienes litiguen en defensa de derechos o intereses ajenos cuando tengan fundamento en una representación legal; en este caso, los demás requisitos para la obtención del beneficio vendrán referidos al representado.

c) *Contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita: prestaciones incluidas en este derecho.* El derecho a la AJG comprende una serie de prestaciones (enumeradas en el art. 6 LAJG), entre las que, centrándonos en el caso de un proceso civil, se encuentran principalmente las siguientes:

— Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, así como información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios ex-

52. Así, Cedeño Hernán, M., «Asistencia jurídica gratuita», en *Ejercicio Profesional de la Abogacía 2021*, cit., pág. 232.

trajudiciales de solución de conflictos, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión (art. 6.1, párr. 1º LAJG).

Desde la promulgación de la LAJG (anteriormente no), se incluye como contenido de este derecho el asesoramiento y orientación previos al proceso a fin de evitarlo o analizar la viabilidad de la pretensión; como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ[53], con esto se posibilita ahora que se puedan evitar gastos posteriores derivados del inicio de un proceso, que siempre son de mayor enjundia que los que se pueden derivar de la mera labor de asesoramiento previo.

— Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de éstos sea legalmente preceptiva o, sin serlo, sea requerida expresamente por el tribunal (mediante auto) para garantizar la igualdad de las partes en el proceso (art. 6.3.a LAJG)[54].

A esta última posibilidad (que la intervención de abogado y procurador, no siendo legalmente preceptiva, sea requerida por el tribunal para garantizar la igualdad de las partes) se refiere, en el marco de un proceso civil, el art. 32 LEC: *Intervención no preceptiva de abogado y procurador,* aunque dicho artículo de la LEC no alude expresamente a que la intervención de abogado y procurador sea «requerida por el juzgado o tribunal», sino a que una parte, cuando la contraria actúe defendida por abogado y representada por procurador pese a que su intervención no resulte preceptiva, podrá valerse también de abogado y procurador y, en su caso, solicitar el reconocimiento del derecho a la AJG (el tribunal informará a la parte de esta posibilidad: «le informará del derecho que le corresponde según el art. 6.3 de la LAJG…», dice el ap. 4 del art. 32 LEC)[55].

— Inserción gratuita de anuncios o edictos que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales durante el proceso (art. 6.4 LAJG).
— Exención del pago de tasas judiciales (art. 6.5 LAJG).

---

53. *Introducción al Derecho Procesal,* cit., págs. 237-238.

54. En relación con lo dispuesto en este precepto de la LAJG el TC ha declarado en, entre otras, la STC-Sala 1ª 9/2008, de 21 de enero (BOE núm. 40 de 15 de febrero de 2008, págs. 33 y ss.), FJ 2, que la justicia gratuita debe incluir, además de otros gastos originados por el proceso, «los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o *necesaria en atención a las características del caso*» (nótese que lo último es un añadido del TC, puesto que no lo dice expresamente el art. 6.3 LAJG).

55. El art. 32 LEC, por tanto, no se ajusta del todo a lo que dispone el art. 6.3.a) LAJG, ya que deja en manos de la parte la decisión de si quiere en tal caso valerse también de abogado y procurador, cuando, según este precepto de la LAJG, debería ser el tribunal, de oficio, el que, si considera que ello es necesario para garantizar la igualdad de las partes, dictara un auto requiriendo la intervención de esos profesionales. Así pues, sería conveniente reformar dicho artículo de la LEC para darle una redacción coincidente con lo dispuesto al respecto en la LAJG.

— Exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos (art. 6.5 LAJG).
— Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo, como regla, de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones públicas (excepcionalmente y si el tribunal lo estima pertinente, a cargo de técnicos privados designados de acuerdo con lo que establece la LEC) (art. 6.6 LAJG).
— Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales (art. 6.7 LAJG).
— Reducciones del 80% en ciertos derechos arancelarios de notarios y registradores, o exención del pago de tales derechos cuando el solicitante de AJG acredite ingresos por debajo del IPREM (aps. 8, 9 y 10 del art. 6 LAJG).

Si se compara esta relación de prestaciones comprendidas en el derecho a la AJG en los litigios civiles con el listado de conceptos incluidos en las costas procesales de dichos litigios (art. 241.1, párr. 2º LEC), se observa con facilidad que coinciden sustancialmente; sólo se aprecian dos diferencias: el asesoramiento y orientación previos al proceso (art. 6.1 LAJG) no son, como es lógico, costas procesales (en este punto, el contenido de la AJG es mayor que el de las costas procesales); los abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso, concretamente las indemnizaciones a los testigos (art. 241.1, párr. 2º, ordinal 4º LEC), no forman parte del contenido material del derecho a la AJG (en este otro punto, el contenido de la AJG es menor que el de las costas procesales). Así pues, el reconocimiento del derecho a la AJG a las personas que carezcan de recursos propios suficientes para litigar supone que será el Estado, y no estas personas, quien corra con todas o casi todas las costas procesales[56].

d) Alcance temporal del derecho. En lo relativo a su duración, «la asistencia jurídica gratuita en el transcurso de una misma instancia se extiende a todos sus trámites e incidencias, incluida la ejecución, pero no podrá aplicarse a un proceso distinto». Además, «el derecho a la asistencia jurídica gratuita se mantendrá para la interposición y sucesivos trámites de los recursos contra las resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia» (art. 7, aps. 1 y 2 LAJG). Y a todo esto debe sumarse que la AJG se extiende también al «asesoramiento previo al proceso contemplado en el apartado 1 del artículo 6» (art. 1, párr. 3º LAJG).

---

56. Hubiera bastado, por tanto, con que la LAJG dijera que en los procesos civiles la AJG cubrirá el importe de todas las costas procesales, excepto las indemnizaciones a los testigos. Exclusión ésta que, dicho sea de paso, no se entiende a qué obedece: si en un proceso civil se practica prueba testifical, la LEC considera que las indemnizaciones que hay que abonar a los testigos son gastos necesarios o al menos útiles para la defensa de la pretensión del litigante que propuso esta prueba y, por eso mismo, les atribuye el carácter de costas procesales. Por ello, no me parece razonable esa exclusión: las indemnizaciones a los testigos deberían formar parte, en el proceso civil, del contenido material del derecho a la AJG previsto en el art. 6 LAJG.

Así pues, la AJG se otorga para todas las instancias (primera y segunda) y recursos extraordinarios, con todos sus trámites e incidencias, de un mismo proceso, incluida la ejecución de la sentencia que le ponga fin. Lo que significa que no se tiene derecho a la AJG en términos generales, en todo caso y por todo tiempo, sino que éste es un derecho circunscrito a un proceso determinado y a sus prolegómenos (asesoramiento previo al proceso, bien para prepararlo —analizando la viabilidad de la pretensión—, bien para evitarlo —informando sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos—: art. 6.1 LAJG).

e) *Condena en costas cuando una de las partes haya litigado con justicia gratuita: posibles reintegros económicos.* Aunque alguna de las partes haya disfrutado de justicia gratuita, es posible que al final del proceso y como consecuencia del pronunciamiento sobre las costas efectuado por el tribunal deban realizarse ciertos reintegros económicos, a cargo de la beneficiaria de aquélla o de la parte contraria, regulados en el art. 36 LAJG. De las distintas reglas al respecto que establece este artículo, nos interesa aquí especialmente la relativa a la condena en costas al litigante beneficiario del derecho a la AJG: Si la sentencia que pone fin al proceso condena en costas al beneficiario, éste estará obligado a pagar las causadas en su defensa y las de la parte contraria si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniera a mejor fortuna, quedando mientras tanto interrumpida la prescripción del art. 1967 CC. Se presume que el beneficiario ha venido a mejor fortuna cuando sus ingresos y recursos económicos exceden del doble del IPREM o se han alterado sustancialmente en su favor las circunstancias que sirvieron de base para reconocerle el derecho, correspondiendo a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, mediante resolución motivada, hacer la declaración en tal sentido (ap. 2 del art. 6 LAJG).

Por lo tanto, si el beneficiario del derecho a la AJG y condenado en costas no viene a mejor fortuna dentro de los tres años siguientes a la finalización del proceso, la parte contraria —la favorecida por ese pronunciamiento sobre las costas— nunca obtendrá el reembolso de las causadas en su defensa. ¿Es justa esta regla? A mi juicio, no, porque comporta un claro perjuicio económico para quien litiga contra un sujeto que tiene reconocida la justicia gratuita, «penalizándole» por algo que aquél no ha elegido (que incluso podía desconocer al inicio del proceso), y cuyas negativas consecuencias no tiene por qué soportar. Creo que lo justo en tal caso sería que el Estado, como un ingrediente más del sistema de justicia gratuita, abonase las costas causadas por la defensa de la parte contraria, inmediatamente después de terminar el proceso o, al menos, a los tres años de su terminación si durante ellos el beneficiario del derecho no ha venido a mejor fortuna.

f) Procedimiento para el reconocimiento del derecho e información sobre el mismo. En el *procedimiento* para el reconocimiento —o, en su caso, la denegación— del derecho a la AJG intervienen fundamentalmente dos órganos: los Colegios de Abogados y las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita (reguladas en los arts. 9, 10 y 11 LAJG), órganos éstos de carácter administrativo, de ámbito provincial y dependientes de las Comunidades Autónomas[57], que son los que efectúan el reconocimiento definitivo del derecho (de su reconocimiento provisional se encargan los Colegios de Abogados). De este modo, la LAJG ha desjudicializado el procedimiento para la concesión de la justicia gratuita, como se destaca en la E. de M. de la Ley entre las novedades introducidas por la misma[58].

> Hasta la promulgación de la LAJG en 1996, eran los órganos judiciales quienes reconocían el derecho a la AJG, cargando con una labor no estrictamente jurisdiccional. Al dar competencias a unos nuevos órganos de la Administración —las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita— para el reconocimiento de este derecho, el legislador de la LAJG se adapta con mayor precisión a lo que debe ser el derecho a la AJG: un derecho de contenido administrativo (aunque con rasgos constitucionales), concedido por el Estado en vía administrativa y que tiene una manifestación clara en los presupuestos del Estado, en cuanto que los gastos a los que deja de hacer frente el justiciable son sufragados directa o indirectamente por aquél. Siendo esto así, es acertado que el reconocimiento del derecho lo lleve a cabo un órgano administrativo, cuya resolución, en todo caso, queda sometida al control judicial (del juzgado o tribunal competente o del que corresponda por reparto si el proceso no se ha iniciado aún) en vía de recurso, de acuerdo con lo establecido en el art. 20 LAJG, de manera que los órganos judiciales no pierden todo su peso en la aplicación efectiva del derecho[59].

La forma y trámites para solicitar y obtener el derecho se detallan en los arts. 12 y ss. LAJG. De lo que disponen al respecto estos artículos, conviene destacar, a los efectos de este trabajo, lo siguiente:

— La solicitud de reconocimiento del derecho a la AJG (que, como regla, ha de hacerse con anterioridad a la demanda o a la contestación[60]) puede ser

---

57. Hay, además, en relación con los tribunales con competencia en todo el territorio nacional, una Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita, dependiente de la Administración General del Estado y con sede en Madrid (art. 9, párr. 3º LAJG).

58. Sobre dicha desjudicialización del procedimiento de reconocimiento del derecho a AJG, vid., entre otras, STC-Sala 2ª 90/2015, de 11 de mayo —BOE núm. 146 de 19 de junio de 2015, págs. 51380 y ss.—, FJ 2 (reproduciendo lo dicho al respecto por el mismo Tribunal en su STC 118/2014, de 8 de julio, FJ 2).

59. En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción…,* cit., pág. 239.

60. Una vez presentada la demanda o la contestación, no se reconocerá el derecho a la AJG al actor o al demandado, respectivamente, salvo que en su solicitud acrediten que las circunstancias económicas y condiciones necesarias para su obtención sobrevinieron con posterioridad a aquellos actos de la primera instancia del proceso (art. 8 LAJG, que regula el supuesto especial de la *insuficiencia económica sobrevenida*). El TC, no

presentada de forma presencial o por medios telemáticos, bien en el Colegio de Abogados correspondiente al juzgado competente para conocer del asunto principal o bien ante el juzgado del domicilio del solicitante, para facilitar a éste la labor (en este último caso, el juzgado trasladará la petición al Colegio de Abogados territorialmente competente) (art. 12.2 LAJG). Existe un modelo normalizado de solicitud, tanto en formato papel como electrónico, disponible este último en internet, a través de las webs institucionales de los Colegios de Abogados y las Comunidades Autónomas[61].

— La presentación de esta solicitud produce, a instancia de parte o de oficio por el juez (nunca de forma automática), la suspensión del proceso que pueda estar en marcha y en razón del cual se haya pedido el reconocimiento del derecho, a fin de evitar que el tiempo que necesariamente comportará la tramitación del procedimiento administrativo pueda perjudicar al derecho de defensa del solicitante. Si el proceso aún no se ha iniciado, la presentación de la solicitud provoca la interrupción de los plazos de prescripción o la suspensión de los de caducidad de los derechos que se pretenden ejercitar en ese proceso (art. 16. 1 y 2 LAJG).

— Aunque el órgano decisor es, como hemos visto, la Comisión de AJG, en el reconocimiento del derecho tiene un papel muy importante el Colegio de Abogados, que es quien recibe la solicitud (art. 12 LAJG), quien ordena la subsanación de los posibles defectos de la misma (art. 14 LAJG) y quien reconoce o deniega provisionalmente el derecho (art. 15 LAJG), dando lugar a la posterior actividad de la Comisión de AJG, encargada de reconocer o negar definitivamente el derecho en vía administrativa (art. 17 LAJG).

— El reconocimiento del derecho puede ser revocado por la propia Comisión de AJG, si se hubiese producido en virtud de una declaración errónea o con falseamiento u ocultación de datos por el solicitante (art. 19.1 LAJG). También podrá ser revocado por el tribunal que haya conocido del asunto, cuando aprecie —y así lo declare en la resolución que ponga fin al proceso— que en el ejercicio de la pretensión del beneficiario de la AJG ha habido abuso de derecho, temeridad, mala fe o fraude de ley (art. 19.2 LAJG).

— Las resoluciones de la Comisión que, de modo definitivo, reconozcan, denieguen o revoquen el derecho a la AJG serán motivadas (al menos las dos últimas, las denegatorias y revocatorias del derecho: art. 19.1 LAJG y, con carácter general, arts. 35 y 88.3 LPAC de 2015), y podrán ser impugnadas por quienes sean titulares de un derecho o de un interés legítimo, sin que

---

obstante, ha hecho en alguna ocasión una interpretación laxa de lo dispuesto en este precepto: vid. STC-Sala 2ª 90/2015, de 11 de mayo (BOE núm. 146 de 19 de junio de 2015, págs. 51380 y ss.), FJ 4.

61. Por poner sólo un par de ejemplos, véanse las webs siguientes:— Ilustre Colegio de Abogados de las Islas Baleares: https://www.icaib.org/turno-de-oficio/— Principado de Asturias-Sede Electrónica: https://sede.asturias.es/-/dboid-6269000024082129607573?redirect=%2Ftodos-los-servicios-y-tramites%3F_pa_sede_serviciosytramites_web_ServiciosyTramitesWebPortlet_formDate%3D1659109952605%26p_r_p_searchText%3Dasistencia%2Bjur%25C3%25ADdica%2Bgratuita%26p_auth%3D

sea necesaria la intervención de abogado. Tal impugnación será resuelta, mediante auto (resolución motivada también), por el tribunal competente o por el que corresponda por reparto si el proceso no se ha iniciado aún. Contra el auto dictado por el tribunal resolviendo la impugnación no cabrá recurso alguno (art. 20 LAJG).

Cualquier persona interesada puede encontrar fácilmente *información* sobre estos trámites —y, en general, sobre todo lo referente al derecho a la AJG: beneficiarios, requisitos, prestaciones, etc.— en las webs de los Colegios de Abogados y las Comunidades Autónomas, así como también en las de distintos organismos oficiales del mundo del Derecho[62].

En este punto, debemos mencionar, sobre todo, el portal web específico que el Consejo General de la Abogacía Española pone a disposición de los ciudadanos:

www.justiciagratuita.es.

Este enlace se abre en una nueva pantalla desde la cual es posible cumplimentar el formulario de solicitud de justicia gratuita o comprobar si se cumplen los requisitos económicos exigidos para beneficiarse de la AJG, entre otras muchas funcionalidades[63].

Actualmente, el propio CGAE ofrece en su web acceso al «Expediente Electrónico de Justicia Gratuita», un sistema desarrollado por la Infraestructura Tecnológica de la Abogacía Española (Red Abogacía) que conecta ya a más de 80 Colegios de Abogados de forma telemática y sencilla con organismos como la Agencia Tributaria, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y su Tesorería General, la Dirección General del Catastro o el Instituto Nacional de Empleo, entre otros. Este sistema aporta transparencia en la gestión de la AJG, minimiza los errores del expediente administrativo, y reduce considerablemente el coste económico y los plazos de tramitación[64].

---

62. Aparte de las dos webs indicadas anteriormente, véase, también a modo de ejemplo, la del Consejo General del Poder Judicial, donde se encuentra una «Guía sobre la Asistencia Jurídica Gratuita», un completo documento de carácter orientativo e informativo sobre este tema elaborado por el Consejo en 2016: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Atencion-Ciudadana/Modelos-normalizados/Asistencia-juridica-gratuita

63. Dicho portal del CGAE ha sido calificado de «buena práctica» y de «práctica prometedora» en España en relación con las solicitudes de AJG, al ofrecer asistencia jurídica gratuita online a los ciudadanos que la necesiten, de forma sencilla y rápida, para garantizar la efectividad del acceso a la justicia; por ello, recibió en 2014 el «Premio Balanza de Cristal de la Justicia», otorgado conjuntamente por el Consejo de Europa y la Comisión Europea (fuente: AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual sobre el Derecho Europeo relativo al acceso a la justicia,* cit., pág. 71).

64. Vid. https://www.abogacia.es/servicios/colegio/expediente-electronico-de-justicia-gratuita/

3. ¿Hace falta reformar el proceso civil español para hacerlo más europeo en lo relativo a la AJG? Algunas propuestas *de lege ferenda*

Expuestos los rasgos esenciales de nuestro sistema de AJG en el proceso civil y confrontándolos con los estándares europeos al respecto (especialmente con los dimanantes de la Directiva 2003/8/CE y de la jurisprudencia de TEDH), podemos concluir afirmando que, en general, el proceso civil español cumple estos estándares (la mayoría de ellos, los cumple, además, holgadamente), si bien sería conveniente, a mi juicio, introducir en él algunas pequeñas modificaciones que lo harían más europeo en lo relativo a la AJG. En efecto:

— Nuestra LAJG de 1996 reconoce este derecho en los *procesos civiles domésticos,* por un lado, a todas las personas físicas de nacionalidad española o de otro Estado miembro de la Unión y a las extranjeras que se encuentren en España, con independencia de su situación administrativa (tengan o no residencia legal en nuestro país); por otro, a determinadas personas jurídicas, caracterizadas todas ellas por no tener ánimo de lucro (asociaciones de utilidad pública, fundaciones inscritas, asociaciones de consumidores y usuarios …). Este ámbito personal de la AJG establecido por la LAJG española para los procesos nacionales se adecúa a los criterios de la jurisprudencia europea (en lo que respecta a la concesión de dicha asistencia también a las personas jurídicas), así como a las normas mínimas de la Propuesta de Directiva de 2017 (si esta Propuesta llegara a aprobarse y se aplicase por los Estados miembros, además de a los litigios transfronterizos, a los litigios internos, como se contempla en ella).

  En cuanto a los beneficiarios de la justicia gratuita en los *litigios transfronterizos en materia civil y mercantil de la UE,* nuestra LAGJ se limita a reproducir lo previsto en la Directiva 2003/8/CE (en estos litigios, tendrán derecho a la AJG exclusivamente las personas físicas que sean ciudadanos de la Unión o nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros). *De lege ferenda,* con base en el art. 19 de la Directiva de 2003 —«disposiciones más favorables»—, creo que lo conveniente sería modificar el art. 46 LAJG, sobre el ámbito personal de aplicación del derecho a la AJG en los litigios transfronterizos, para extender este derecho a las personas jurídicas sin ánimo de lucro (posibilidad contemplada en la Propuesta de Directiva de 2017) y, de paso, a las personas físicas extranjeras que se encuentren en España (en virtud de la doctrina de nuestro TC y de lo dispuesto por nuestra LO 4/2001 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España respecto del derecho de estas personas a la gratuidad de la justicia en cualquier clase de proceso y en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles).

— El primero y más importante de los requisitos a los que nuestra LAJG supedita, con carácter general, el reconocimiento de la AJG es la «insuficiencia de recur-

sos para litigar», es decir, que el solicitante acredite que carece de recursos propios suficientes para afrontar los costes económicos del proceso. Para evaluar la situación económica del solicitante y determinar si padece o no dicha insuficiencia, la LAJG tiene en cuenta los mismos elementos objetivos a los que hace referencia la Directiva 2003/8/CE (renta, patrimonio y situación familiar). Los límites por encima de los cuales la LAJG española considera que el solicitante no sufre esta insuficiencia de recursos para litigar y, por tanto, no tiene derecho a la AJG (recursos e ingresos económicos que superen el doble del IPREM, tratándose de una persona no integrada en ninguna unidad familiar, lo que equivale actualmente, en 2022, a 1.158,04 euros mensuales), son —como ha señalado nuestro TC— plenamente razonables y proporcionales al fin perseguido por la AJG, ya que permiten otorgarla a la práctica totalidad de personas que se verían imposibilitadas de litigar por falta de recursos, de modo que con tales límites no se perjudica en ningún caso la esencia del derecho de acceso a la justicia, como exige la jurisprudencia europea.

> Nótese que el criterio objetivo y general de nuestra LAJG de fijar el límite de la gratuidad de la justicia, cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar, en el doble del IPREM supone, en la práctica, que a todas las personas que ganan en torno a 1.000 euros al mes (los llamados «mileuristas», que son cuatro de cada diez españoles, más de 15 millones de trabajadores, autónomos, parados y pensionistas[65]), se les podrá reconocer en nuestro país el derecho a la AJG.

En este punto,no obstante, *de lege ferenda* sería bueno, en mi opinión, incluir en nuestra LAJG (concretamente en su art. 4) una norma similar a la que se encuentra en Directiva 2003/8/CE, y también en las Reglas ELI-UNIDROIT de 2020 (en realidad, en los Comentarios que acompañan a estas Reglas), en el sentido de que no habrá obligación de conceder AJG a un solicitante que, pese a su situación económica desfavorable, pueda efectivamente recurrir, en el caso concreto para el que pide la justicia gratuita, a otros mecanismos que le permitan cubrir las costas procesales y, por tanto, le garanticen el acceso efectivo a la justicia: básicamente, cuando el solicitante disponga de un seguro de defensa jurídica o protección legal, o tenga la posibilidad de que su litigio sea financiado por un tercero, por tratarse de alguno de los tipos de litigios en el marco de los cuales suelen celebrarse acuerdos de *third party funding* o TPF (reclamaciones por incumplimientos contractuales, reclamaciones relacionadas con trust, con insolvencia y fraudes, reclamaciones por responsabilidad profesional, infracción de patentes y propiedad intelectual, difamaciones comerciales, controversias entre los accionistas y la compañía, controversias fis-

---

65. Según el resultado de un laborioso «buceo» en las estadísticas oficiales hecho por el periodista económico J. Gilsanz, *Economía a lo claro: España, un país de mileuristas (y minieuristas),* en «Murcia Economía», viernes 4 de febrero de 2022; accesible *on-line:* https://murciaeconomia.com/art/11311/espana-un-pais-de-mileuristas-...1

cales, reclamaciones en el área de defensa de la competencia y demandas colectivas)[66]. Se trataría con esto de que la LAJG española dejara muy claro —como hacen esas normas europeas— que la AJG proporcionada por el Estado con fondos públicos debe ser siempre un mecanismo subsidiario de garantizar el derecho de acceso a los tribunales, o dicho de otra forma, que una persona tiene derecho a la AJG que aquél ofrece sólo si no hay otros medios disponibles para financiar su litigio[67].

— La LAJG española también supedita la concesión de AJG al requisito de la «sostenibilidad» o «viabilidad de la pretensión» que el solicitante quiere hacer valer en el proceso. La LAJG no aclara el significado de tales expresiones, pero sí lo ha hecho la jurisprudencia de nuestro TC, de la que resulta que «pretensión insostenible», a efectos de denegar el derecho a la AJG, es aquella que resulta absurda o descabellada, manifiestamente abocada al fracaso y que, en consecuencia, no merece ser sufragada con dinero público; y en relación con esto, ha señalado el propio TC que el examen de si el ejercicio de una pretensión procesal es o no jurídicamente viable no puede, en modo alguno, equipararse al enjuiciamiento sobre el fondo de aquélla.

  En este punto, por lo tanto, nuestra LAGJ cumple asimismo los estándares europeos, al menos los que dimanan de la Directiva 2003/8/CE (que prevé la posibilidad denegar una solicitud de justicia gratuita relativa a una acción judicial que parezca «manifiestamente infundada»), así como de una parte de la jurisprudencia europea (el TEDH alude en algunas sentencias a la «sostenibilidad de la pretensión» como condición de fondo para conceder la AJG).

  No me parece atinada —por ser excesivamente rigurosa— la condición de la AJG referente al fondo que, con sustento en otra parte de la jurisprudencia europea, prevé la Propuesta de Directiva de 2017, consistente en que el demandante que solicita la justicia gratuita tenga derecho a ejercer la acción y ésta tenga una «probabilidad razonable de prosperar» (así pues, la *prosperabilidad de la pretensión,* ya no la mera sostenibilidad de la misma, como requisito para la concesión de AJG). Como muy bien se ha dicho, con respecto al requisito de la sostenibilidad o viabilidad de la pretensión establecido por nuestra LAJG, no resulta recomendable una interpretación rígida de esta exigencia, porque podría vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que debe hacerse una interpretación favorable al derecho de acceso a

---

66. Para implementar esta propuesta de reforma del art. 4 LAJG (exclusiones del derecho), y dado que no parece nada sencillo que la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita pueda averiguar por sí misma si el solicitante de justicia gratuita tiene concertado un seguro de defensa jurídica o la posibilidad de recurrir en ese caso concreto a la financiación de su litigio por un tercero, creo que lo mejor sería que la LAJG previera que aquél deberá aportar, entre los documentos que ha de acompañar a su solicitud (art. 13 LAJG), una declaración jurada —simple o, mejor aún, notarial/judicial— de que no tiene contratado un seguro de defensa jurídica y de que al menos un fondo de inversión ha declinado financiar el litigio.

67. Téngase en cuenta que en 2019 se gastaron en España más de 284 millones de euros en asistencia jurídica gratuita, según los últimos datos recogidos en el *XIV Informe del Observatorio de Justicia Gratuita de la Abogacía Española;* accesible en línea:
file:///C:/Users/uib/AppData/Local/Temp/XIV-Informe-del-Observatorio-de-Justicia-Gratuita-def-1.pdf)

> la justicia, por lo que, en caso de duda sobre la viabilidad de la pretensión, se ha de conceder el derecho a la AJG»[68]. Con mayor motivo, supeditar el derecho a la AJG al cumplimiento del severo requisito de que la acción para la cual se solicita este derecho tenga suficientes perspectivas de éxito, como hace dicha Propuesta de Directiva, aparte de la notable dificultad que entrañaría en la práctica la verificación de ese requisito (¿cómo comprobar con anterioridad a la interposición de la demanda la «probabilidad razonable» de que sea estimada por el juez, al final del proceso, la acción que pretende ejercitar el actor?, ¿a base de un cálculo de probabilidades efectuado por el abogado de oficio o la Comisión de Asistencia Jurídica antes de iniciarse el proceso?...), seguramente conduciría con frecuencia a un resultado constitucionalmente inadmisible desde la óptica del derecho fundamental del art. 24.1 CE en su vertiente de derecho de acceso a los tribunales.

En fin, es evidente que debe haber algún mecanismo relativo al fondo del caso para el que se pide la AJG que contrarreste el riesgo de que la gratuidad de la justicia fomente demandas o recursos temerarios o con finalidad puramente dilatoria a cargo de dinero público, pero considero que para ello es suficiente con el control previo a la concesión de AJG de la sostenibilidad de la pretensión o recurso, que es el sistema que, al igual que la Directiva europea 2003/8, articula la LAJG española.

— El contenido material que de conformidad con nuestra LAJG tiene el derecho a la AJG en el proceso civil, en términos generales, cumple los estándares europeos, porque las prestaciones que este derecho debe comprender según las normas mínimas europeas, vigentes y proyectadas (Directiva 2003/8/CE y Propuesta de Directiva de 2017)), para que un sistema de justicia gratuita pueda considerarse adecuado, están todas o casi todas recogidas en el art. 6 LAJG, de forma que en España el reconocimiento del derecho a la AJG supone para su titular una exoneración prácticamente total del pago de los gastos procesales, que es de lo que trata.

  Ahora bien, hay algunas prestaciones previstas en esas normas europeas, en relación con la AJG en los litigios transfronterizos, que no están contempladas en la LAJG española —ni tan siquiera para estos litigios—, pero que, en mi opinión, sería muy conveniente que lo estuvieran (y, además, tanto para los litigios transfronterizos como para los nacionales). Por ello, sugiero que se introduzcan en nuestra LAJG (en su art. 6), en una futura reforma de la misma, al menos las siguientes modificaciones al respecto:

— Ante todo —por ser lo que considero más importante—, que se establezca, como hacen las normas mínimas europeas mencionadas (sobre todo, la Propuesta de Directiva de 2017), que la AJG cubrirá también las costas que se ordene pagar a la parte ganadora, en virtud del principio del vencimien-

68. Así, Cedeño Hernán, *Asistencia jurídica gratuita,* en «Ejercicio Profesional de la Abogacía», cit. pág. 232.

to que rige en esta materia, en el caso de que las pretensiones del beneficiario de la justicia gratuita sean totalmente desestimadas. La solución que para este caso prevé actualmente la LAGJ (art. 36), además de problemática[69], me parece profundamente injusta, dado que, si el beneficiario no viene a mejor fortuna, la parte ganadora jamás obtendrá el reembolso de sus costas.

— En segundo lugar, que, a imagen y semejanza de la Propuesta de Directiva de 2017, se prevea que la AJG incluirá, en todo tipo de litigios (transfronterizos y nacionales), los gastos derivados de testigos y de viajes y estancias del beneficiario y su abogado[70], siempre que pueden considerarse necesarios o al menos útiles para la defensa de las pretensiones de dicho beneficiario[71].

— A diferencia de la Directiva 2003/8/CE (que, como hemos visto, dispone que la justicia gratuita debe concederse, en las mismas condiciones, tanto para los procedimientos judiciales como para los procedimientos extrajudiciales de solución de controversias, siempre que el recurso a estos últimos se imponga a las partes por la ley o por un tribunal), nuestra LAJG deja a los procedimientos extrajudiciales fuera de su ámbito de aplicación (art. 1, párr. 3º); lo más que la LAJG prevé respecto de dichos procedimientos es que el derecho a la AJG comprende, entre otras prestaciones, la «información» sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal (art. 6.1, párr. 1º LAJG). Y esto es así sencillamente porque, como es sabido, en nuestro ordenamiento vigente no se contempla —al menos en el campo del Derecho privado, que el único que interesa aquí— la po-

---

69. Vid. Achón Bruñen, M.J., *Problemas para cobrar las costas cuando el otro litigante tiene justicia gratuita,* en Revista «Práctica de Tribunales», núm. 154, enero-febrero 2022.

70. Con respecto a estos últimos gastos (los de viaje y alojamiento de los abogados que participan en la AJG), así lo reclama, además, el Consejo de la Abogacía Europea en su informe más reciente acerca de la situación de los diversos sistemas nacionales de AJG de los Estados miembros de la Unión, ya que no ve justificación alguna para que sean los propios abogados de oficio quienes deban hacer frente a esa carga: Vid. Consejo de la Abogacía Europea, *Recomendaciones de CCBE sobre asistencia jurídica gratuita,* documento de fecha 23/03/2018, pág. 5; disponible on-line: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi_pa_58Jj6AhWM_IUKHb1jDrQQFnoECA8QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.abogacia.es%2Fwp-content%2Fuploads%2F2019%2F03%2FRecomendaciones-CCBE-sobre-Asistencia-Juridica-Gratuita.pdf&usg=AOvVaw03K_pVADAmDsUFESlZCfx8

71. Hay otros gastos no cubiertos actualmente por nuestro sistema de AJG que, sin embargo, la Propuesta de Directiva de 2017 incluye en las prestaciones propias de la justicia gratuita: los gastos derivados de la misma solicitud de AJG. Es verdad que tales gastos no suelen ser cuantiosos, pero si se quiere garantizar la total indemnidad del beneficiario de la justicia gratuita, ésta debería cubrirlos también, por pequeños que sean; así que, *de lege ferenda,* creo que no estaría de más que nuestra LAJG hiciera referencia a ellos en su art. 6, entre las prestaciones comprendidas en el derecho a la AJG.
Esta cuestión fue precisamente la que se planteó en un asunto que llegó al TC, mediante un recurso de amparo interpuesto contra un auto de un Juzgado de Valladolid, dictado en pieza de impugnación de justicia gratuita, que desestimó la pretensión del recurrente de que se le abonasen los gastos que le había ocasionado la solicitud de AJG; pero, lamentablemente, el TC no llegó a pronunciarse al respecto, ya que se declaró incompetente para enjuiciar la impugnación de una resolución de la Comisión Central de AJG: vid. Auto TC-Sec. 3ª 95/2022, de 14 de junio (recurso de amparo núm. 5728-2020).

sibilidad de obligar a las partes de un conflicto jurídico a recurrir, para solucionarlo, a medios extrajudiciales, ni durante el proceso civil ni antes de su iniciación: el recurso a conciliación, la mediación, etc. es facultativo, no se impone por la ley en ningún caso (véanse el art. 139.1 LJV 2015, el art. 1 LM 2012 y los arts. 9.1 y 38.2.b, entre otros, LA 2003), y tampoco puede ser ordenado por el tribunal en el curso de un proceso judicial (véase el art. 415.1, párr. 3º LEC).

En estos momentos se está tramitando en las Cortes un Proyecto de *Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia*[72], cuyo art. 4.1 establece que «En el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias (…) Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras normas (…)». Y coherentemente con ello, el mismo Proyecto de Ley, a través de su Disposición final tercera, modifica la LAJG para añadir un nuevo ap. 11 al art. 6 de esta Ley con la siguiente redacción: «Los honorarios de los abogados que hubieren asistido a las partes, cuando acudir a los medios adecuados de solución de controversias sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial acordada por los jueces, juezas, los tribunales, los letrados o las letradas de la Administración de Justicia o sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento, siempre que tal intervención de los abogados sea legalmente preceptiva o cuando, no siéndolo, su designación sea necesaria para garantizar la igualdad de las partes»[73]. Así pues, si el referido Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal se convierte en Ley próximamente, como es previsible, y, en consecuencia, en España pasa a ser obligatorio por ley o por decisión judicial acudir, antes de incoar un proceso civil o durante el mismo, a un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos, nuestra LAJG, con la introducción en ella de ese nuevo ap. 11 al art. 6, cumplirá los estándares europeos, puesto que el beneficio de la AJG también cubrirá los procedimientos extrajudiciales, por menos parcialmente (en este caso, dicha asistencia sólo incluirá, como acabamos de ver, los gastos de abogado, lo que no me parece razonable del todo, ya que si el procedimiento extrajudicial de que

72. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, XIV Legislatura, Serie A: PROYECTOS DE LEY, 22 de abril de 2022, núm. 97-1, pág. 1 y ss.

73. Nótese que este nuevo precepto que se añadiría a la LAJG si el citado Proyecto de Ley prospera en las Cortes y termina siendo Ley, lo que prevé es que la AJG incluirá, en los procedimientos extrajudiciales de solución de controversias, únicamente «los honorarios de los abogados» que asistan a las partes (no otras prestaciones), y que ello será así siempre que el recurso a dichos procedimientos extrajudiciales se imponga por la ley como requisito de procedibilidad o sea ordenado por un tribunal, pero también cuando simplemente sea acordado y «solicitado por las partes [al tribunal] en cualquier momento del procedimiento». En lo primero (qué incluye la AJG tratándose de un procedimiento extrajudicial), el Proyecto de Ley, comparándolo con la Directiva 2003/8/CE, se queda corto (no concede la AJG en los procedimientos extrajudiciales en las mismas condiciones que en los judiciales); en lo segundo (cuándo se otorga la AJG para un procedimiento extrajudicial), desborda el ámbito de la Directiva de 2003 (concede la AJG incluso cuando el recurso al procedimiento judicial no viene impuesto ni por la ley ni por un tribunal).

se trate es obligatorio y genera otros gastos, el beneficiario no tendrá derecho a obtener, como AJG, la exención del pago de estos otros gastos).

— En lo relativo a la duración de la AJG, es indudable que la LAJG española es totalmente acorde con los estándares europeos dimanantes de la Directiva 2003/8/CE y de la Propuesta de Directiva de 2017. Efectivamente, al igual que éstas, la nuestra LAJG otorga la asistencia jurídica gratuita para todas las instancias (primera y segunda) y recursos extraordinarios, con todos sus trámites e incidencias, de un mismo proceso, incluida la ejecución de la sentencia que le ponga fin, extendiéndola asimismo al asesoramiento y orientación previos a este proceso.

— Respecto del procedimiento para el reconocimiento del derecho a la AJG, las disposiciones de nuestra LAJG y su Reglamento son, sin duda, plenamente europeas (están en la misma línea que marca en este punto la Directiva 2003/8/CE). Así, por un lado, en ellas se prevé que este procedimiento se iniciará mediante la cumplimentación por el interesado de un impreso normalizado de solicitud (incluido en el anexo I.I del Reglamento, que se facilitará en las dependencias judiciales, en las sedes de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita y en los servicios de orientación jurídica de los Colegios de Abogados y que éstos, además, pondrán en su web); que la presentación de dicho impreso de solitud (en el servicio de orientación jurídica del Colegio de abogados o en el tribunal correspondiente) podrá hacerse bien por correo electrónico o bien entregándolo personalmente en formato papel; y que las comunicaciones y notificaciones reconociendo o denegando el derecho a la AJG se efectuarán preferentemente por medios electrónicos (por tanto, prácticamente todo el procedimiento se puede desarrollar de forma telemática, con la consiguiente simplificación y ahorro de tiempo y costes).

  Por otro lado, las disposiciones de nuestra LAJG acerca del procedimiento prevén —siempre en línea con las europeas— que el reconocimiento o denegación del derecho lo efectúa, motivadamente, un órgano administrativo (la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la correspondiente provincia), cuya resolución definitiva de la solicitud es impugnable en vía jurisdiccional, y esta impugnación se resuelve mediante auto, contra el que ya no cabe recurso alguno para evitar dilaciones.

  Por todo ello, creo que en este aspecto no hay ninguna necesidad de reformar la normativa española sobre AJG para hacerla más europea.

— Finalmente, nuestro sistema de AJG, como hemos podido comprobar, cumple, y con creces, el deber establecido en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo de 2017 de facilitar información a los potenciales beneficiarios de la AJG acerca de todo lo referente a este derecho (contenido, requisitos, etc.) y, en particular, acerca del procedimiento que habrán de seguir para solicitarlo. Baste con recordar aquí, en este sentido, la completa información que hay en España sobre esta faceta económica del proceso civil en diversos sitios web, especialmente en el del Consejo General del Poder Judicial («Guía sobre la

Asistencia Jurídica Gratuita») y en el del Consejo General de la Abogacía Española (portal específico sobre la AJG).

4. Bibliografía

ABOGACÍA ESPAÑOLA - WOLTERS KLUWER, *XIV Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita*, Las Rozas (Madrid) 2020.

ACHÓN BRUÑEN, M.J., «Problemas para cobrar las costas cuando el otro litigante tiene justicia gratuita»*, Práctica de Tribunales*, núm. 154, enero-febrero 2022.

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual sobre el Derecho Europeo relativo al acceso a la Justicia* (trad. Liébana Ortiz, J.R.), Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2016.

CEDEÑO HERNÁN, M., «Asistencia jurídica gratuita», en *Ejercicio Profesional de la Abogacía 2021* (Memento Práctico Francis Lefebvre), coor. M.B. Campuzano y M. Enciso, Madrid 2020, págs. 230 y ss.

CONSEJO DE LA ABOGACÍA EUROPEA, *Recomendaciones de CCBE sobre asistencia jurídica gratuita* (23/03/2018).

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal* (con MORENO CATENA, V.), Valencia 2021 («El derecho de asistencia jurídica gratuita», Lección 14, págs. 233 y ss.).

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,* en Revista General de Derecho Europeo, núm. 33, 2014.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil. Materiales para el estudio,* 3ª edición, Curso 2021/2022, edición digital ("La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil", Lección 4, apdo. 5, págs. 63 y ss.).

GILSANZ, J., *Economía a lo claro: España, un país de mileuristas (y minieuristas),* en «Murcia Economía», viernes 4 de febrero de 2022.

LÓPEZ ESCUDERO, M., *Comentario del art 47: Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial,* en «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo» (dir. Mangas Martín, A.), Fundación BBVA, Bilbao 2008.

Capítulo 9 | La condena en costas procesales: un análisis en clave europea

*Felip Alba Cladera**

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. INFLUJO EUROPEO EN MATERIA DE COSTAS PROCESALES: 2.1. Procesos civiles europeos. En particular, el proceso europeo de escasa cuantía; 2.2. Propuestas armonizadoras: 2.2.1. *La propuesta de directiva de 2017 sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea;* 2.2.2. *Las European Rules of Civil Procedure* (ELI-UNIDROIT). 3. ESPAÑA: 3.1. La condena en costas; 3.2. Perspectivas de futuro. El proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. 3.3. El principio de efectividad y la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: 3.3.1. *La aplicación del criterio de vencimiento objetivo aunque el caso presente serias dudas de hecho o de derecho;* 3.3.2. *La excepción del vencimiento parcial;* 3.3.3. *Allanamiento*; 3.3.4. *Modulación de los límites de la condena en costas por razón de la cuantía del proceso.* 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Planteamiento de la cuestión

En este trabajo, pretendemos analizar qué estándares ofrece el Derecho europeo en relación con los criterios de imposición de costas procesales, para ver cómo de europeo es el proceso civil español en este aspecto y valorar si deberíamos plantearnos su reforma para, en su caso, hacerlo «más europeo».

2. Influjo europeo en materia de costas procesales

2.1. Procesos civiles europeos. En particular, el proceso europeo de escasa cuantía

El Reglamento (CE) núm. 1896/2006, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, no dedica ningún artículo a las costas de este proceso europeo —a diferencia del RPEEC (art. 16), como veremos *infra*—, ni

*.Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal — Universidad de las Islas Baleares.

tampoco hace referencia alguna a ellas en sus considerandos; aunque sí se alude a las costas en el art. 7, cuando se refiere a los datos que debe contener la petición de requerimiento europeo dispone que se incluyan, en su caso, las costas[1]. Por lo tanto, y conforme a lo dispuesto en el citado art. 26 del Reglamento, la condena en costas en el PME, en el caso de que sea procedente, se regirá por la ley procesal del Estado miembro de origen. Tan solo queremos apuntar que no es preceptiva la representación por un abogado u otro profesional del Derecho, ni tan siquiera para que el demandado pueda formular oposición al requerimiento europeo de pago (art. 24 RPME). De este modo, se reducen los costes de litigación: no habrá que pagar en este proceso minutas de abogados, que constituyen la mayor parte de las costas.

El Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, no contiene ningún artículo que trate de las posibles costas procesales de este procedimiento, por lo que no interesa a los efectos de este trabajo. Nótese que el artículo 7, aunque se rubrique «costas procesales», no regula el pronunciamiento sobre las costas generadas en el procedimiento del TEE, sino la posibilidad de certificar como título ejecutivo europeo una resolución judicial que incluya una decisión ejecutiva relativa al importe de las costas procesales.

En cuanto a las costas procesales, en cambio, el Reglamento (CE) núm. 861/2007, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, sí que es de interés para este trabajo. El art. 16 RPEEC establece claramente que las costas del proceso europeo de escasa cuantía se impondrán por el tribunal a «la parte perdedora», es decir, conforme al criterio objetivo o del vencimiento. También con claridad, establece dos límites a esa condena en costas a la parte perdedora: no se reembolsarán a la parte ganadora los gastos que puedan considerarse innecesarios, así como los que resulten desproporcionados con respecto al valor de la demanda; dicho de otra forma: los gastos procesales innecesarios y los desproporcionados no se considerarán costas, en el sentido de ser reembolsables al litigante vencedor si existe condena en costas[2].

En el RPEEC se dispone que, sin perjuicio de lo establecido en éste, el proceso europeo de escasa cuantía se regirá por la legislación procesal del Estado miembro en el que se desarrolle el proceso (art. 19); y, en particular, en materia de costas, en el

---

1. En consecuencia, en el Anexo I, Formulario A-Petición de requerimiento europeo de pago, ap. 9: «Costas (si procede)», y también en las «Indicaciones para cumplimentar el formulario de petición» que hay al final del mismo.

2. Art. 16 RPEEC: «La parte perdedora soportará las costas del proceso. No obstante, el órgano jurisdiccional no condenará a la parte perdedora a pagar a la parte ganadora costas generadas innecesariamente o que no guarden proporción con el valor de la demanda».

considerando 29, tras apuntar que el vencido en el litigio deberá soportar las costas del proceso, declara que éstas deben determinarse con arreglo a lo dispuesto por la legislación nacional que corresponda. La regla es, con carácter general, que el Derecho nacional puede aplicarse siempre que esas normas no sean menos favorables que las que rigen supuestos de carácter interno similares (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o hagan que sea excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el Derecho de la Unión Europea (principio de efectividad). El TJUE, en su sentencia de 14 de febrero de 2019, asunto C-554/17, *Rebecka Jonsson c. Société du Journal L'Est Républicain*, se pronunció sobre si el artículo 16 del RPEEC debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional conforme a la cual, cuando solo se estiman parcialmente las pretensiones de una parte, el tribunal nacional puede ordenar que cada parte en el procedimiento cargue con sus propias costas o puede repartir esas costas entre dichas partes. Al respecto, declara que dicho artículo solo cubre los supuestos en los que una parte ve desestimadas totalmente sus pretensiones, ya que si el legislador comunitario «hubiera considerado que las situaciones en las que solo se estiman parcialmente las pretensiones de una parte deben estar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 16…, tal precisión debería haberse incluido en el Reglamento, máxime cuando este únicamente lleva a cabo una armonización parcial de las normas procesales aplicables a los procedimientos de escasa cuantía»[3]. El TJUE declaró que una legislación procesal nacional relativa al reparto de las costas que disponga que, en caso de que el demandante solo vea estimadas sus pretensiones parcialmente, cada parte cargue con sus propias costas o se repartan entre sí —tal como establece el art. 394.2 de nuestra LEC—, no contradice el criterio de vencimiento del artículo 16 RPEEC, siempre que dicha norma no sea menos favorable que para los asuntos nacionales y no disuada al demandante de utilizar el proceso europeo de escasa cuantía. En cuanto a la eventual disuasión del demandante, precisa el TJUE que ello podría darse en situaciones en las que al demandante, aunque se estimen en gran medida sus pretensiones (estimación sustancial), se le imponga el pago de sus propias costas o de una parte sustancial de éstas[4]. En definitiva, de esta sentencia podemos extraer que el TJUE validaría nuestras reglas generales de imposición de costas: las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones (art. 394.1 LEC); concurre vencimiento total también cuando el tribunal estima sustancialmente las pretensiones de una parte, es decir, si hay una leve diferencia entre lo pedido por ésta y lo concedido por aquél, un «cuasi-vencimiento»; y en caso de vencimiento parcial, es razonable que cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad (art. 394.2 LEC).

3. *Vid.* apartados 23 y 24.

4. *Vid*. apartados 28 y 29.

En el establecimiento de los costes del PEEC debe regir el principio de proporcionalidad: los costes de este proceso han de ser necesariamente proporcionales al valor de la demanda (que, por definición, será siempre relativamente escaso: no superior a los 5000 euros), esto es, mantener una relación o guardar una correspondencia con ese valor (la mitad, una tercera parte, una cuarta parte de la cuantía del proceso…).

Además, no es necesario, pero sí conveniente, que los costes del PEEC sean públicos (es decir, que las partes o futuras partes sepan de antemano los costes que habrán de pagar para la obtención de una sentencia en este proceso), así como que los medios, mecanismos o sistemas para determinar tales costes sean transparentes[5].

El Reglamento adopta como criterio que ha de guiar el pronunciamiento del tribunal, en la sentencia, sobre las costas del PEEC el del vencimiento (total, se entiende) de una de las partes: la perdedora será condenada al pago de todas las costas de este proceso. Pero insiste el legislador comunitario en que las costas que el litigante vencido ha de reembolsar al contrario deben ser proporcionales al valor de la demanda y, además, traer causa de gastos que hayan sido necesarios para la preparación, iniciación y desarrollo del proceso, de manera que sin éste no hubiera sido preciso realizarlos. Y debemos recordar que en el PEEC no es obligatorio que las partes estén representadas por un abogado o por cualquier otro profesional del Derecho (art. 10 RPEEC); y uno de los motivos por los que se ha optado por configurar un proceso en el que no es preceptiva la intervención a través de abogado es reducir las costas. Por lo tanto, al no deberse incluir en la condena en costas aquéllas *generadas innecesariamente o que no guarden proporción con el valor de la demanda*, ello puede comportar que, si la parte vencedora optó por representación por un abogado, este coste pueda no incluirse en la condena en costas. El órgano jurisdiccional deberá valorar, al no ser preceptiva tal intervención, si la representación por abogado era realmente necesaria en ese caso y, también, si su coste guarda proporción con el valor de la demanda[6].

Insistió, también, el legislador europeo en la reforma del RPEEC operada por el Reglamento (UE) 2015/2421[7], cuando se refiere a la información que deben contener los formularios normalizados, en que si bien las costas del proceso, como regla, se imponen a la parte perdedora, la parte ganadora no recuperará a través de la condena en costas aquellos gastos procesales que resulten innecesarios o desproporcionados en relación con la cuantía de la demanda[8]. Lo que no hace el legisla-

---

5. *Vid*. considerando séptimo.

6. *Vid.*, también, el considerando vigésimo noveno.

7. Reglamento (UE) 2015/2421, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo.

8. *Vid*. considerando vigésimo tercero.

dor europeo es especificar el significado de costas procesales «innecesarias» y «desproporcionadas»; por lo que tal labor de concreción recaerá en los tribunales.

2.2. Propuestas armonizadoras

2.2.1. *La propuesta de Directiva de 2017 sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea*

Aunque la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea, que incluía una propuesta de Directiva no prosperó, sí que creemos que puede ser útil referirnos a ella para ver hacia dónde se dirigen las propuestas armonizadoras en esta materia provenientes del seno de la Unión Europea. Asimismo, aunque el ámbito de aplicación de esta Directiva hubiera sido el de la litigación transfronteriza, la resolución sostiene que «las normas mínimas comunes del proceso civil que se proponen aportarían más eficiencia si los Estados miembros ampliase su ámbito de aplicación no solo a los asuntos que entren dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, sino en general a asuntos transfronterizos y puramente internos», además de declarar, directamente, que «nada impide que los Estados miembros aplique la presente Directiva también a casos de justicia civil puramente internos».

El texto de esta propuesta de Directiva establece, en la Sección 3 («acceso a los órganos jurisdiccionales y a la justicia») de su Capítulo II, normas mínimas del proceso civil relativas a la condena en costas procesales (art. 14). Veamos ahora las normas mínimas sobre costas que contiene dicha propuesta.

De la lectura del art. 14 de la propuesta de Directiva, y más concretamente de sus aps. 1, 2 y 4, se desprende claramente que el principio o criterio general sobre la condena en costas debe ser en todos los Estados miembros el de la imposición de las mismas a la parte que resulte perdedora o vencida totalmente en el pleito. Las costas procesales que como consecuencia de la condena al pago de las mismas tendrá que reembolsar la parte perdedora a la vencedora incluirán los gastos en que haya incurrido ésta (como, por ejemplo, los honorarios del abogado, los gastos de la notificación o traducción de documentos, etc.), pero siempre que se trate de gastos necesarios para la defensa de la pretensión de la parte vencedora y proporcionados en relación con la cuantía del asunto (ap. 1 del art. 14).

> Queremos apuntar que no nos parece claro, en cambio, ni fácil de articular en la práctica lo que dispone el ap. 3 del art. 14 de la propuesta de Directiva. Lo que sugiere este precepto, creemos, es que, con independencia de las tasas judiciales y de la condena en costas procesales, la parte que haya ocasionado al tribunal o a la contraparte gastos innecesarios, como consecuencia de haber planteado cuestio-

> nes innecesarias o de haber mostrado una pugnacidad o belicosidad irrazonable, tendrá que correr con dichos gastos, es decir, abonárselos al tribunal y/o a la contraparte.

En caso de vencimiento mutuo o parcial, cada parte soportará sus propias costas o éstas se repartirán equitativamente entre ellas, en función de lo que decida el tribunal en tal caso (ap. 2 del art. 14).

El mismo criterio se seguirá (no se condenará en costas a ninguna de las partes, aquéllas se repartirán entre éstas), según el propio precepto (ap. 2 del art. 14), cuando concurran en el asunto litigioso «circunstancias excepcionales». El precepto no aclara qué debe entenderse por tales, pero creo que no hay duda de que está pensando, fundamentalmente, en la «oscuridad de la causa», esto es, que el caso resulte dudoso, que presente «serias dudas de hecho o de derecho», como dice nuestra LEC (art. 394.1, párr. 1º i.f.). También podría estar pensando este precepto de la propuesta de Directiva en los supuestos de allanamiento del demandado, cuando éste se produzca antes de contestar a la demanda (art. 395.1, párr. 1º LEC), y de desistimiento del actor, cuando éste sea bilateral y el demandado lo consienta (art. 396.2 LEC).

En el caso de que haya habido un intento de transacción entre las partes —para evitar el proceso o poner fin al mismo— y una de ellas no haya cooperado o haya participado de mala fe en ese intento, el tribunal podrá adaptar la decisión sobre las costas a tal circunstancia: podrá, por ejemplo, a pesar de estimar parcialmente las pretensiones de las partes, condenar en costas a una de ellas por no haber cooperado en la consecución de una transacción sustancialmente idéntica al contenido de el fallo judicial (decisión ésta sobre las costas que también permite el art. 394.2 de nuestra LEC); o no imponer las costas a la parte perdedora, por considerar que la ganadora no ayudó a llegar a una transacción de contenido similar al fallo judicial (ap. 4 del art. 14) (decisión ésta sobre las costas que, creemos, no permite el art. 394.1 de nuestra LEC).

2.2.2. *Las European Rules of Civil Procedure (ELI-UNIDROIT)*

Recientemente, en el año 2020, el *European Law Institute* y UNIDROIT han aprobado conjuntamente las *European Rules of Civil Procedure*, inspirándose en los *Principles of Transnational Civil Procedure* del *American Law Instiute* (ALI) y UNIDROIT. Debemos precisar que estas reglas son *europeas* en un sentido amplio, ya que éstas no emanan de ninguna institución de la Unión Europea ni, por supuesto, implican ningún tipo de vinculación ni por la propia Unión ni por sus Estados miembros. Que sean *reglas modelo* significa que su objetivo es ser una fuente de inspiración para el legislador y, también, instrumento de *soft law*, de modo que merecen, consideramos, ser comentadas en este trabajo.

Las *European Rules* se basan, con respecto a la condena en costas, en que el sistema óptimo es aquél que proporciona al tribunal una amplia discreción, no el que establece normas legales muy técnicas y específicas[9]. Muy resumidamente, se puede decir que las reglas uniformes en materia de costas procesales (239 a 243) vienen a establecer en relación con las costas y su recuperación a través de la correspondiente condena, básicamente, los siguientes criterios generales para lograr la convergencia o armonización en este tema de los procesos civiles de los países europeos:

— El tribunal determinará al dictar sentencia qué parte debe pagar las costas (reembolsarlas a la otra parte), y para ello tendrá en cuenta en particular cuál de las partes ha tenido éxito en sus pretensiones y en qué medida; es decir, el criterio general para imponer las costas es el del vencimiento (*rule* 241.1). Ahora bien, también se prevé que puede tener en cuenta el tribunal otras circunstancias del concreto proceso, como la conducta de las partes y en particular si actuaron de buena fe o no (*rules* 240.3 y 241).

  Como acabamos de apuntar, la *rule* 241.2 dispone que el tribunal podrá tener en cuenta, a la hora de imponer las costas, *si las partes actuaron de buena fe y en qué medida contribuyeron a la resolución justa, eficiente y rápida de litigio*. En los comentarios que acompañan a las reglas, al explicar ésta, relativa a la buena fe, se refiere a los casos de serias de dudas de hecho o de Derecho; declarando que, en tales situaciones, puede ser más justo repartir las costas y que no cargue la parte perdedora con la totalidad de las mismas, ya que esto significa que ésta tenía fundamentos para oponerse —eso sí, no lo contempla expresamente en la disposición como sí hace, en cambio, el art. 394.1 *in fine* LEC, sino que lo enmarca en el *actuar de buena fe*—.
  Ni tampoco prevé de forma expresa que pueda haber una condena en costas contraria a la parte vencedora si esta ha rechazado una oferta extrajudicial previa de la parte perdedora —o sugerida por el tribunal— para resolver la controversia cuando la resolución judicial final sea menos favorable que la proposición de acuerdo[10]. Se razonó que no se incluye expresamente en esta disposición porque tal regla sería demasiado estricta, ya que puede haber casos en los que la parte que rechazó la propuesta previa de acuerdo actuase de buena fe al no estar, en ese momento, por causas justificadas, en la posición de cerrar el acuerdo.

  Además, las *European Rules* apuestan por la vigencia del principio dispositivo en esta materia: la condena en costas puede ser objeto de pacto entre las partes, pacto que vinculará al tribunal[11]. En caso de pacto, las reglas estable-

---

9. Así se reconoce en los propios comentarios que acompañan a las *european rules* (*vid*. la «Introducción» a la Parte XII relativa a los «costes»)

10. En esta línea, el art. 245.5 LEC propuesto por el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (*vid*. *infra* el epígrafe 3.2).

11. En España, las normas reguladoras de la condena en costas son *ius cogens*; no obstante, aunque las partes no puedan disponer de las reglas que determinan el nacimiento de dicho derecho de crédito, sí que pue-

cen que, por defecto, se entenderá que cada una de las partes correrá con sus propias costas, salvo, claro está, que se haya acordado lo contrario[12].

— Los gastos que pueden recuperarse por las partes a través de la condena en costas incluyen los desembolsos económicos razonables que resulten del desarrollo del proceso (gastos de abogados, de peritos…), así como de la preparación del proceso —es decir, antes de su iniciación— (*rule* 240.1 y 2). A través de la condena en costas se podrán recuperar por la parte favorecida por ella solamente los gastos que sean razonables y proporcionados, teniendo en cuenta la cuantía de la demanda, la complejidad del asunto y la importancia del caso para las partes (*rule* 240.3).
— Una parte puede pedir al tribunal que obligue a la otra a prestar fianza o caución razonable para garantizar el cumplimiento de una eventual condena en costas.
— Contra la decisión del tribunal sobre las costas sólo cabe recurso de apelación, y en él solo podrá revisarse si el tribunal ejerció su discreción adecuadamente de acuerdo con las reglas sobre el tema.

3. España

3.1. La condena en costas

A continuación, realizaremos una sucinta exposición del sistema de condena en costas vigente en España a fin de poder responder, luego, a la pregunta de cómo de europeo es el proceso civil español en este ámbito.

Los gastos procesales son todos aquellos desembolsos económicos de las partes que tengan su origen directo e inmediato en el proceso. En general, los gastos procesales tienen que pagarlos las partes y cada parte pagará los causados a su instancia (art. 241.1 LEC). Dichos gastos deben pagarse a medida que se vayan produciendo sin esperar a que el proceso finalice (241.1 LEC); de hecho, los titulares de dichos créditos derivados de actuaciones procesales podrán reclamarlos antes de la finalización del litigio y con independencia del pronunciamiento sobre costas que en éste recaiga (art. 241.2 LEC).

Sin embargo, al final del proceso, puede que el litigante no deba soportar todos los gastos que conlleva el hacer valer sus derechos antes los tribunales. Algunos de esos gastos procesales, las costas procesales, pueden reembolsarse al vencedor del

---

den renunciar al mismo. SCHUMANN BARRAGÁN, G., en *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pág. 347.

12. *Rule* 239.1 y 2.

litigio, si el vencido resulta condenado en costas. La finalidad de esta regla es que el litigante vencedor, que se ha visto obligado a acudir a los tribunales de Justicia para reclamar o defender un derecho —y con razón—, pueda salir indemne y no sufra perjuicio económico por ello.

Las costas procesales son todos aquellos gastos que se recogen en el art. 241.1 LEC: 1º honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas[13]; 2º inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso; 3º depósitos necesarios para la presentación de recursos; 4º derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso; 5º copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos; 6º derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso; y 7º la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando ésta sea preceptiva.

La condena en costas es un pronunciamiento judicial que se incorpora al fallo de la sentencia —o de la resolución que ponga fin a las actuaciones— y que supone la imposición expresa a una de las partes de la obligación de reembolso a la parte contraria de las costas procesales, tanto las causadas a su instancia como a instancia de la contraparte. En España, la LEC adopta, como criterio general, el criterio objetivo o del vencimiento, consistente en la imposición de las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones (art. 394.1 LEC). Debemos precisar que la jurisprudencia, unánimemente, al interpretar esta regla, considera que existe vencimiento total cuando se produce una estimación sustancial de las pretensiones de una parte, es decir, si hay una mínima diferencia entre lo pedido y lo finalmente concedido[14].

Con carácter excepcional, el tribunal podrá no imponer las costas al litigante vencido si aprecia, y lo razona, que el caso presenta serias dudas de hecho o de Derecho. Para apreciar las serias dudas de Derecho, el tribunal deberá valorar la jurisprudencia recaída en casos similares.

Cuando la estimación o la desestimación de las pretensiones fuere parcial, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y, en su caso, la mitad de las comunes (art. 394.2 LEC); salvo que el tribunal considere que proceda la imposición de las costas a una de las partes por haber litigado con temeridad.

---

13. Cuando no se sean preceptivas, sus honorarios podrán incluirse en las costas si el tribunal aprecia temeridad en la conducta del condenado en costas o en los casos en los que el domicilio de la parte representada y defendida estén en lugar distinto a aquél en el que se ha tramitado el juicio (art. 32.5 LEC).

14. *Vid*., por ejemplo, la STS (Sala de lo Civil, Sec. 1ª) de 12 de febrero de 2008.

El artículo 395 LEC contiene una regla especial para los casos de allanamiento. Si el allanamiento se produce tras la contestación a la demanda, se aplica la regla general de imposición de las costas al vencido, es decir, al allanado. Por el contrario, si el allanamiento se produce antes de contestar a la demanda, el allanado no será condenado en costas; excepto que el tribunal aprecie, y lo razone debidamente, mala fe en la conducta de dicho demandado. En todo caso, se entenderá que concurre dicha mala fe por parte del demandado que se allana si, antes de presentar la demanda, se le formuló requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se inició un procedimiento de mediación o se dirigió contra él solicitud de conciliación.

En el artículo 396 LEC también encontramos una regla especial para los casos en los que el proceso haya terminado por desistimiento. Si el desistimiento del actor tiene lugar antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda, o cuando el demando se encontrase en rebeldía, éste no ha de ser consentido por el demandado, por lo que el actor será condenado en costas. Por el contrario, si el desistimiento fue consentido por el demandado no se condenará en costas a ninguna de las partes.

En cuanto a la condena en costas en los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación: por una parte, si todas las pretensiones de impugnación del recurrente son desestimadas, se aplicará la regla general para la primera instancia (art. 394 LEC[15]), es decir, se le condenará en costas (art. 398.1 LEC); por otra, no habrá condena en costas a ninguna de las partes si el recurso es estimado total o parcialmente (art. 398.2 LEC).

3.2. Perspectivas de futuro. El Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia

Queremos comentar, también muy sucintamente, algunos de los cambios que se vislumbran en España en materia de costas. El Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, actualmente en Cortes, entre la amalgama de cuestiones que aborda, plantea modificaciones en los criterios de imposición de las costas de nuestro proceso civil[16].

Se constituye como un requisito de procedibilidad, con carácter general, el recurso a un medio adecuado de solución de controversias (art. 4 PLMEPSPJ); por lo que, si

15. Pudiéndose aplicar, por lo tanto, las excepciones recogidas en tal disposición.

16. En profundidad, aunque sobre el Anteproyecto, *vid*. Martínez de Santos, A., «Particularidades de la reforma de las costas en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 154, 2022, y Picó Junoy, J., «MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?», *Diario La Ley*, núm. 9801, 2021.

no se acompaña la demanda del documento que acredite haberse intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial (art. 264.4º LEC[17]), ésta sería inadmitida (art. 403.2 LEC). Adicionalmente, para procurar un mayor éxito de estos medios alternativos de solución de controversias, se acompaña a esta regla de otras en materia de condena en costas.

No habrá condena en costas a favor de la parte[18] vencedora del litigio si ésta hubiera rehusado cualquier intento de resolver por vía extrajudicial la controversia: «No obstante, cuando sea legalmente preceptiva, o se hubiere acordado, previa conformidad de las partes, por el juez, la jueza o el tribunal o el letrado o la letrada de la Administración de Justicia o lo acuerde el tribunal durante el curso del proceso, no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiera rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en un medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado» (art. 394.1 tercer párrafo LEC).

Para los supuestos de estimación parcial, se proyecta la posibilidad de condenar en costas, razonándolo debidamente, a la parte que «no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el juez, la jueza o el tribunal o el letrado de la Administración de Justicia durante el proceso» (394.2 segundo párrafo LEC).

El proyectado apartado cuarto del art. 394 LEC («si la parte requerida para iniciar una actividad negociadora previa tendente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas...») nos parece prescindible, ya que supone una reiteración a lo que ya se introduce en los apartados primero y segundo de este artículo; la salvedad que se encuentra *in fine* («...salvo que se aprecie un abuso del servicio público de Justicia») parece referirse a aquellos procesos que se inician, y, por lo tanto, el requerimiento extrajudicial previo tiene carácter puramente instrumental, con el afán de conseguir un pronunciamiento de condena en costas a su favor[19].

El nuevo apartado tercero del art. 395 LEC dispone que: «si la parte demandada no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un medio adecuado de solución de

---

17. En aras de una mayor claridad expositiva, a lo largo del trabajo nos referiremos directamente al artículo de la LEC que se pretende modificar en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, en lugar de referirnos al propio artículo de este Proyecto.

18. Entendemos que tal disposición —y la del apartado segundo también— está pensada para la parte demandada, porque si, con carácter general, se articula la obligatoriedad de haber intentado acudir a un medio adecuado de solución de controversias como un presupuesto para la admisión de la demanda, el actor no habrá tenido la oportunidad de rehusar tal participación.

19. *Vid*. *infra* la nota 30.

controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el juez durante el proceso y luego se allanare a la demanda, se le condenará en costas, salvo que el tribunal, en decisión debidamente motivada, aprecie circunstancias excepcionales para no imponérselas»; cuando el precepto ya dispone en su apartado primero que, con independencia de que el demandado haya atendido o no al requerimiento extrajudicial previo, si luego se allana, ya sea antes de la contestación de la demandada o con posterioridad, se le condenará en costas. Por esta razón, abogamos por la supresión de este inciso, porque, como apuntó BANACLOCHE PALAO, la lectura *a sensu contrario* de tal disposición da lugar a una interpretación ilógica y no deseable: por el mero hecho de participar en el medio adecuado de solución de controversias, si el demandado se allana, podría no ser condenado es costas, lo que carecería de sentido, también, al contradecir la regla del art. 395.1 LEC[20].

Y ya en sede de tasación de costas, en la misma línea, el proyectado art. 245.5 LEC: «...la parte condenada al pago de las costas podrá solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta. Las mismas consecuencias tendrá el rechazo injustificado de la propuesta que hubiese formulado el tercero neutral, cuando la sentencia recaída en el proceso sea sustancialmente coincidente con la citada propuesta». La diferencia, creemos, estriba en que las anteriores disposiciones comentadas se refieren a rehusar la participación, mientras que esta última a la aceptación o no de la oferta para evitar o poner fin al litigio.

En conclusión, podemos decir que el criterio objetivo del vencimiento, sobre el cual se sustenta nuestro régimen de imposición de costas, si se aprueba el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, se vería relegado a un segundo plano, pues lo importante sería como hubieran actuado las partes en el marco del medio adecuado de solución de controversias al que se hubiera acudido.

3.3. El principio de efectividad y la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

Algunas de las reglas del régimen español de imposición de costas, que acabamos de comentar, se han inaplicado en litigios de cláusulas abusivas en contratos cele-

20. BANACLOCHE PALAO, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, núm. 9814, 2021, págs. 5 y 6.

brados con consumidores para, así, preservar la *efectividad* de la protección de los consumidores que establece la Directiva 93/13/CEE de acuerdo con la interpretación que realiza el TJUE al respecto.

3.3.1. *La aplicación del criterio de vencimiento objetivo aunque el caso presente serias dudas de hecho o de Derecho*

La imposición de las costas al litigante vencido, a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, se excepcionará si el tribunal aprecia que el caso presenta serias dudas de hecho o Derecho —aunque, en realidad, las que aquí interesan son las de Derecho—.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala 1ª) núm. 419/2017, de 4 de julio[21], casa la sentencia de segunda instancia por un cambio sobrevenido de la jurisprudencia en relación con la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo —a raíz de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, dictada tras la sentencia de apelación e interpuesto el recurso de casación—. Si bien el Tribunal Supremo reconoce que la petición de la entidad bancaria de que no se le impongan las costas de las instancias por presentar el caso serias dudas de Derecho *no carece de fundamento*, más aún cuando el carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial es una circunstancia que se tomará en consideración al resolver sobre las costas[22], con base en el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea —entre otros argumentos[23]—, declara que la no aplicación del criterio de vencimiento por

---

21. Para un minucioso comentario de esta resolución, nos remitimos a Vallines García, E., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017 (419/2017). Costas en litigios sobre cláusula suelo y principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (Dir. Yzquierdo Tolsada, M.), Vol. 9 (2017), Dykinson, Madrid, 2018, págs. 309 a 324.

22. Acuerdo no Jurisdiccional de Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, apartado 3.2. Recuérdese, además, lo dispuesto en el propio art. 394.1 *in fine*: «para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares».

23. Y, a renglón seguido, a modo de argumento complementario, el Tribunal Supremo viene a añadir que la aplicación del criterio objetivo del vencimiento para imponer al banco las costas de las instancias estaría justificada porque, sustancialmente, todas las pretensiones de la parte demandada se habían visto finalmente desestimadas. Dice literalmente el Alto Tribunal: «4.ª) En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo. Muy al contrario, como con más detalle resulta de los antecedentes de hecho de la presente sentencia, antes de contestar a la demanda pidió la suspensión del curso de la actuaciones por prejudicialidad civil; al contestar a la demanda planteó dos excepciones procesales, se opuso totalmente a la nulidad de la cláusula suelo, no solo a la restitución de lo indebidamente cobrado en virtud de la misma, y reiteró su petición de suspensión por prejudicialidad civil, interesó subsidiariamente el sobreseimiento del litigio y, para el caso de no acordarse este, solicitó la desestimación total de la demanda; al recurrir en apelación reiteró de nuevo su petición de suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil, pese a que ya había sido rechazada en la audiencia previa, e interesó la revocación total de la sentencia de primera instancia, es decir, no solo el pronunciamiento que condenaba al

concurrencia de serias dudas de hecho o de Derecho impediría la efectividad del principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas (art. 6.1 Directiva 93/13/CEE):

> «1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor. [/] 2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la 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. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas. [/] 3.ª) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.»

También en Pleno, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 472/2020, de 17 de septiembre[24], en el marco de los préstamos hipotecarios en divisa, reitera lo sostenido en la comentada STS de 4 de julio de 2017 y declara que en los litigios sobre cláusulas abusivas en los que la pretensión del consumidor resulta estimada no puede excepcionarse el criterio del vencimiento objetivo con base en la existencia de serias dudas de Derecho. Porque en estos casos la no imposición de las costas —es decir, que el consumidor tuviera que hacerse cargo de las causadas a su instancia y las comunes por mitad— impediría, o, al menos, dificultaría, el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva (art. 6.1 Directiva 93/13/CEE) y, en lugar de disuadir a las entidades bancarias de incluir las cláusulas abusivas en sus préstamos

---

banco a devolver todo lo percibido en virtud de la cláusula suelo; y, en fin, al personarse ante esta Sala, cuando todavía no se había dictado la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, interesó la inadmisión del recurso de casación del consumidor demandante, pero insistió en esa misma petición de inadmisión, con carácter principal, incluso después de haberse dictado dicha sentencia y ser entonces ya evidente que el recurso de casación estaba cargado de razón y correctamente formulado».

24. Un sesudo análisis de dicha resolución en Aguilera Morales, M., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2020 (472/2020). Las costas en los litigios sobre préstamos hipotecarios en divisa cuando existen serias dudas en derecho», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (Dir. Yzquierdo Tolsada, M.), Vol. 12 (2020), Dykinson, Madrid, 2021, págs. 101 a 114.

hipotecarios, «se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas» (art. 7.1 Directiva 93/13/CEE).

3.3.2. *La excepción del vencimiento parcial*

Como hemos dicho, en los casos de vencimiento parcial no habrá imposición de costas —es decir, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y, en su caso, la mitad de las comunes— (art. 394.2 LEC). Esto será así excepto cuando el tribunal crea que hay motivos para imponer las costas a una de las partes, por haber litigado con temeridad o cuando, aunque haya un vencimiento parcial, pueda considerarse que la estimación de las pretensiones es sustancial —esto es, que la diferencia entre lo pedido y concedido es mínima—. El ejemplo más común, y que es el de utilidad para lo que trataremos a continuación, es el de los casos de condenas pecuniarias en los cuales la cantidad concedida es considerablemente inferior a la pedida.

En el ámbito de la litigación relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, problemáticos han sido los supuestos en los que era estimada la acción de nulidad de la cláusula, pero la pretensión de reintegración de las cantidades indebidamente percibidas era estimada, tan solo, parcialmente. En tales supuestos, algunos tribunales no imponían las costas al considerar que no había vencimiento total, sino parcial; mientras que otros, al considerar que la diferencia entre lo pedido y lo concedido era poco relevante («cuasi-vencimiento»), imponían las costas a la entidad bancaria demandada. En los primeros casos, aunque pudiera considerarse la acción de nulidad de la cláusula abusiva como principal y que la acción de restitución de las cantidades indebidamente pagadas es una pretensión accesoria consecuencia de la eventual declaración de nulidad, se sostenía que el verdadero objeto del procedimiento o que el verdadero interés del consumidor residía en la restitución de las cantidades, por lo que no podía sino declararse a efectos de costas que la estimación era solo parcial; lo contrario, incentivaría que se realizaran reclamaciones dinerarias excesivas, ya que aun cuando éstas fueran rechazadas, se condenaría en costas al demandado al estimarse la acción de nulidad[25]. En los últimos casos, en cambio, se consideraba que procedía la imposición de las costas a la entidad bancaria porque si la pretensión principal (la declaración de nulidad de la cláusula abusiva) era estimada, la estimación de la demanda ya era sustancial porque la restitución de cantidades sería solo una pretensión subordinada a la anterior, ya que ésta depende de los efectos de dicha nulidad[26].

---

25. *Vid*., entre otras, las SSAP de La Rioja, Sec. 1.ª, núm. 91/2020, de 25 de febrero; de León, Sec. 1.ª, núm. 116/2020, de 20 de febrero; y de Barcelona, Sec. 15.ª, núm. 785/2020, de 14 de mayo.

26. La SAP de Palencia, Sec. 1.ª, núm. 37/2020, de 6 de febrero, ya lo fundamentaba con el derecho de los consumidores a no estar vinculados por una cláusula abusiva (art. 6.1 Directiva 93/13/CEE). *Vid*., también,

Vistos los vaivenes de la jurisprudencia menor, el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca planteó, entre otras, una cuestión prejudicial en que se cuestionaba «si, a la vista del artículo 6.1 en relación con el artículo 7.1, de la Directiva 93/13, la condena en costas al profesional, derivada de un procedimiento en el que se ejercitan por un consumidor acciones de nulidad de cláusulas abusivas insertas en un contrato celebrado con este, y se obtiene dicha declaración de nulidad por abusividad por parte de los Tribunales, debe ir aparejada al principio de no vinculación y al principio de efecto disuasorio al profesional, cuando estas acciones de nulidad sean estimadas por el juez nacional, con independencia de la restitución concreta de cantidades a que la sentencia condene, al entender además, que la pretensión principal es la declaración de nulidad de la cláusula y que la restitución de cantidades es solo una pretensión accesoria inherente a la anterior».

El TJUE (Sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, CY/Caixa Bank y LG/BBVA), al respecto, concluyó que el régimen del artículo 394.2 de la LEC se opone a la efectividad de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 al permitir que no se condene al profesional al pago íntegro de las costas cuando se estime plenamente la acción de nulidad de una cláusula contractual abusiva ejercitada por un consumidor, pero solo se estime parcialmente la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de esta cláusula, ya que ello podría disuadir a los consumidores de ejercer el derecho a una tutela judicial efectiva ante cláusulas contractuales eventualmente abusivas[27].

Por el contrario, para alguna Audiencia Provincial, el artículo 394.2 LEC puede seguir siendo aplicable, a pesar de la STJUE de 16 de julio de 2020, al caber una interpretación de aquel precepto conforme a las exigencias del Derecho europeo. En esta línea, la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona ha sostenido que la efectividad de la Directiva 93/13 impone que se amplie el ámbito de la regla de la estimación sustancial de la demanda más allá de una leve o mínima diferencia entre lo pedido por ésta y lo concedido por el juzgador. Así, propugna que en los supuestos en los que se estime significativamente la acción de restitución de cantidades indebidamente soportadas, una interpretación a la luz del principio de efectividad y de la Directiva 93/13, conforme a su vez con la STJUE de 16 de julio de 2020, determinará que se impongan las costas a la entidad bancaria; y en los casos en que la pretensión se desestime íntegramente o se estime en una *cantidad poco significativa* respecto del total de la reclamada segui-

---

entre otras, las SSAP de Cádiz, Sec. 5.ª, núm. 152/2020, de 25 de febrero; de Álava, Sec. 1.ª, núm. 151/2018, de 19 de marzo; de Lleida, Sec. 2.ª, núm. 46/2020, de 17 de enero.

27. *Vid*. apartados 93 a 99.

ría vigente la regla general del artículo 394.2 LEC, por lo que no deberían imponerse las costas a la entidad bancaria demandada[28].

> Consideramos conveniente transcribir esta reflexión de dicha Audiencia: «no creemos que la Sentencia del TJUE imponga una condena automática a las entidades de crédito siempre que se acoja en parte la pretensión restitutoria, por insignificante que sea la condena en relación con la reclamación inicial. Si así fuera, además de quedar afectada seriamente la seguridad jurídica emanada de una norma a partir de la cual las partes han fijado su posición dentro del proceso, se vería severamente perjudicado el derecho de defensa del demandado, dado que se sancionaría con la condena en costas su oposición a pretensiones infundadas»[29].

Por más que la tesis de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona no sea, en nuestra opinión, ilógica e irracional, sino, más bien, todo lo contrario, no parece que la Sala Primera del Tribunal Supremo deje resquicio alguno para matizar la jurisprudencia sentada en la STJUE de 16 de julio de 2020 y así mantener la vigencia de la regla general del art. 394.2 LEC en este ámbito. Precisamente, en casos similares a los comentados de la Audiencia Provincial de Barcelona, el Tribunal Supremo inaplica el 394.2 LEC y condena en costas al banco demandado aun cuando la acción restitutoria se estima en una *cantidad poco significativa* al desestimarse la partida más relevante de las cantidades solicitadas (el impuesto de Actos Jurídicos Documentados): en la sentencia núm. 35/2021, de 27 enero, no se concedió el 62,83 % del importe pedido; en la núm. 845/2021, de 9 diciembre, el 77,7 %; y en la sentencia núm. 846/2021, de 9 diciembre, el 57,57%.

3.3.3. *Allanamiento*

El artículo 395 LEC recoge una regla especial que consiste en la no imposición de las costas en los casos en que el demandado se allane antes de contestar a la demanda, salvo que el tribunal, «razonándolo debidamente», aprecie, mala fe del demandado. No obstante, *ex lege*, se dispone que se apreciará en todo caso mala fe si, antes de la presentación de la demanda, se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación[30]. Si el allana-

---

28. Entre otras, en sus sentencias núm. 2516/2020, de 25 de noviembre; núm. 2524/2020, de 26 de noviembre; núm. 2809/2020, de 18 de diciembre; y núm. 164/2021, de 27 enero.

29. *Idem*.

30. La STS, Sala 1ª, núm. 131/2021, de 9 de marzo, no validó el requerimiento extrajudicial del consumidor y eximió a la entidad bancaria que se allanó del pago de las costas procesales porque dicho requerimiento extrajudicial se realizó solo seis días antes de la interposición de la demanda. Es necesario que, atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto, la entidad requerida disponga de un plazo razonable para satisfacer la pretensión del requirente: «el corto plazo transcurrido entre el requerimiento y la interposición de la demanda, y el hecho de que el requerimiento se refiriera a veintiséis personas distintas, dejaron a Caixabank sin margen de maniobra y sin posibilidad de negociación alguna». En este caso, subyacía tras el comporta-

miento es posterior a la contestación a la demanda, se aplicará la regla general del art. 394.1 LEC; es decir, condena en costas del allanado, excepto si se apreciaran serias dudas de hecho o de Derecho.

El Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, dispuso un cauce de reclamación extrajudicial, de carácter voluntario para el consumidor e imperativo para las entidades bancarias, para facilitar la consecución de acuerdos en materia de cláusulas abusivas (art. 3). Con el ánimo de evitar que se acuda a la vía judicial, se vinculó este procedimiento extrajudicial al pronunciamiento sobre costas de un eventual litigio posterior. Así, *prima facie*, como apuntó HERRERO PEREZAGUA, parece que se reitera lo establecido en el art. 395 LEC: si el consumidor demanda a la entidad de crédito sin haber acudido al referido procedimiento extrajudicial, aunque la demandada se allane antes de la contestación a la demanda, se considerará que no concurre mala fe procesal y, por lo tanto, no se le impondrán las costas. Sin embargo, se estaría configurando un régimen de costas más perjudicial para el consumidor que el del art. 395 LEC: la mala fe no podría apreciarse con base en otros motivos [art. 4.2.a) *a sensu contrario*]; la condena en costas a su favor dependería del uso específico del procedimiento del art. 3 RDL 1/2017, y no de cualquier otra vía extrajudicial. Este régimen más estricto para el consumidor en comparación con el régimen general del art. 395 LEC puede superarse mediante una interpretación teleológica del propio RDL 1/2017, ya que lo que persigue en su art. 4, a fin de cuentas, es alcanzar una solución previa que evite la incoación de un proceso judicial y la imposición de las costas al demandado que se allane tiene su razón de ser en que, a pesar de haber podido evitar el proceso, ha forzado al consumidor a recurrir a la vía judicial[31]. Además, HERRERO PEREZAGUA saca a colación, en nuestra opinión, con acierto, la STJUE 14 de junio de 2017, c-75/16, *Menini*, que declara que la «eventual retirada del consumidor del procedimiento de resolución alternativa no debe tener consecuencias desfavorables para éste en el contexto del procedimiento jurisdiccional relativo al litigio que haya sido, o hubiera debido ser, objeto del procedimiento de resolución alternativa»[32], por lo que la no imposición de las costas al vencido en el litigio por no haber acudido el consumidor a un procedimiento extrajudicial si es voluntario

---

miento del consumidor que, a través del requerimiento extrajudicial, no pretendía que se solucionara la controversia, sino llegar a la vía judicial para obtener a su favor una condena en costas (lo que se incentiva, a veces, también, por aquellos abogados que han prometido a sus clientes cobrar sus honorarios a través, únicamente, de la condena en costas).
En el mismo sentido, *vid*. STS, Sala 1ª, núm. 394/2021, de 8 de junio.

31. HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Reglas, excepciones y problemas del pronunciamiento sobre costas*, La Ley, Madrid, 2019, págs. 219 y 220.

32. Apartado 66.

o, si tiene carácter preceptivo, por que se retire del mismo, supondría una sanción que limitaría el acceso a una tutela judicial efectiva[33].

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, así, en su sentencia núm. 36/2021, de 27 de enero, salvó las consecuencias de una interpretación literal del art. 4 RDL 1/2017 mediante una interpretación finalista de la norma y sometida al filtro de la efectividad de la Directiva 93/13/CEE. Veámoslo. La sentencia de primera instancia estimó la demanda del consumidor, pero no condenó en costas a la entidad bancaria demandada, pese a que, una vez interpuesta la demanda, se allanó habiendo rechazado una reclamación extrajudicial previa con el mismo objeto alegando que la cláusula suelo no era abusiva. Tal razonamiento fue confirmado por la Audiencia Provincial. El fundamento para la no imposición de las costas fue que la demanda se había presentado después de la entrada en vigor del RDL 1/2017 y que no procedía apreciar mala fe del demandado porque el actor no había acudido previamente al procedimiento extrajudicial previsto en dicha norma.

La reclamación extrajudicial del consumidor tuvo lugar antes de la entrada en vigor del RDL 1/2017 y, aunque la demanda se presentó después de la entrada en vigor de dicha norma, el Tribunal Supremo declaró que ello no era relevante para resolver la cuestión, ya que el consumidor sí que realizo una reclamación extrajudicial previa. La entidad financiera rechazó la solicitud alegando que su actuación había sido correcta y que la cláusula suelo no era abusiva. Sin embargo, interpuesta la demanda, se allanó a la misma. El consumidor había interpuesto una reclamación extrajudicial para que la entidad bancaria cesase en la aplicación de la cláusula suelo y le devolviera las cantidades indebidamente cobradas en virtud de tal cláusula; por lo que, si ésta se allanaba, en virtud del art. 395.1 LEC, cuya aplicación no se vio alterada por el RD 1/2017, el tribunal debía apreciar mala fe a efectos de la condena en costas. Lo contrario, es decir, forzar al consumidor a volver a formular un procedimiento extrajudicial, cuando ya había reclamado extrajudicialmente a la entidad financiera, ésta rechazó tal reclamación y posteriormente se allanó a la demanda del consumidor, se opondría a la efectividad de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ya que, a la postre, si el consumidor tiene que cargar con esas costas procesales a pesar de haber vencido no quedaría indemne, al no restablecerse la situación de hecho y de Derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva —ni tampoco se disuadiría al profesional de seguir usando cláusulas abusivas—.

33. Herrero Perezagua, J. F., *Reglas, excepciones y problemas del pronunciamiento sobre costas*, *op. cit.*, págs. 221 y 222.

3.3.4. *Modulación de los límites de la condena en costas por razón de la cuantía del proceso*

En la legislación procesal española se limita el contenido de la condena en costas por razón de la cuantía del proceso: el condenado en costas solo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; cuando la cuantía objeto del proceso sea inestimable, se valorará en 18.000 euros, salvo que el tribunal disponga otra cosa en razón de la complejidad del asunto (394.3 LEC)[34]. Es decir, toda aquello que exceda de tales límites correrá a cargo de la parte que contrató al abogado y no podrá exigir el reembolso al condenado en costas. Estos límites no serán de aplicación cuando la condena en costas se funde en la temeridad del litigante.

El fin último de esta norma es, por una parte, prevenir la desproporción entre la cuantía objeto del proceso y la cuantía de las costas que se han de reembolsar al vencedor y, por otra, evitar que el litigante vencido deba hacerse cargo de una minuta excesiva o abusiva[35].

La sentencia del Tribunal de Justicia, de 7 de abril de 2022, asunto C-385/20, *EL*, *TP* y *Caixabank, S. A*, ha resuelto una cuestión prejudicial planteada el 7 de julio de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona, en la que se preguntaba si la *efectividad* de la Directiva 93/13 se ve comprometida por una disposición como la del art. 394.3 LEC, que impone un límite máximo aplicable a los honorarios de abogados que el vencedor del litigio —consumidor— puede recuperar a través del condenado en costas —profesional—, porque tal limitación podría impedir el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula abusiva.

Los artículos 6, apartado 1, y 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, no ven comprometida su *efectividad*, *a priori*, si el consumidor debe

---

34. Al respecto, *vid*., con profundidad, Herrero Perezagua, J. F., *Reglas, excepciones y problemas del pronunciamiento sobre costas*, *op*. *cit*., págs. 122 a 131.

35. De hecho, el propio TJUE, en la sentencia de 7 de abril de 2022, asunto C-385/20, *EL*, *TP* y *Caixabank*, apunta que «dado que el consumidor ha elegido al abogado al que ha confiado su defensa, y ha pactado con él los honorarios que le corresponderán, no puede excluirse que tales costas procesales resulten excesivas por haber convenido la parte que haya ganado el juicio y su abogado unos honorarios inusualmente elevados» (apartado 53); al igual que ya hizo en la STJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-57/15, *United Video Properties Inc*, y *Telenet NV*: «…cuando la finalidad de la normativa en cuestión sea excluir del reembolso gastos excesivos en concepto de honorarios inusualmente elevados que se hayan convenido entre la parte que haya ganado el juicio y su abogado o en razón de la prestación por este último de servicios que no se consideren necesarios para garantizar el respeto del derecho de propiedad intelectual de que se trate» (apartado 25).

asumir una parte de las costas procesales al iniciar un proceso dirigido a que se declare el carácter abusivo de una cláusula, concretando el TJUE que «no es contrario al principio de efectividad que el litigante vencido no reembolse al consumidor que ha visto estimadas sus pretensiones la totalidad de los honorarios de abogado que ha satisfecho»[36]. No obstante, acto seguido, declara que «un régimen de reembolso de los honorarios de abogado que contenga una limitación en cuanto al importe que el profesional condenado en costas debe abonar, tendrán [los Estados miembros] que fijar un límite que permita que se reembolse al consumidor un importe de los gastos soportados que sea razonable y proporcionado al coste de un procedimiento judicial relativo al carácter abusivo de una cláusula contractual», de tal forma que «corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si así sucede en el asunto principal»[37].

En nuestra opinión, puede considerarse que el TJUE no resuelve la cuestión planteada, porque, aunque, en principio, no vea óbice alguno a la limitación del 394.3 LEC, introduce como condición que tal régimen pueda —y deba— excepcionarse cuando la cuantía máxima de los honorarios de los abogados incluible en las costas no sea razonable ni proporcionada. En tales casos, el juzgador deberá inaplicar tal limitación para que el consumidor salga indemne tras la declaración de nulidad de la cláusula abusiva. Pero nada dice el TJUE sobre qué será razonable y proporcional, ni tampoco da ningún parámetro para que los tribunales españoles realicen tal juicio de razonabilidad y proporcionalidad; lo que puede llevar a que los distintos tribunales adopten tal disparidad de criterios que provoquen que la seguridad jurídica se vea gravemente socavada.

> Aunque en un sector de la litigación especial, el de los derechos de propiedad intelectual, la Directiva 2004/48, de 19 de abril, en su art. 14, dispone que «las costas procesales, siempre que sean razonables y proporcionadas, y demás gastos en que haya podido incurrir la parte vencedora corran, como regla general, a cargo de la parte perdedora, salvo que sea contrario a la equidad». Al respecto, el TJUE, en su sentencia de 28 de julio de 2016, asunto C-57/15, *United Video Properties Inc*, y *Telenet NV*, declaró que para valorar el carácter razonable de los gastos que hubieran de reembolsarse a través de la condena en costas, ante una normativa que establezca tarifas a tanto alzado para el reembolso de los honorarios de abogado, deberán tenerse en cuenta factores como el objeto de litigio, la cuantía del mismo o la cantidad de trabajo necesaria para la defensa del derecho del que se trate[38]. Y en cuanto a la proporcionalidad señala que «no puede dilucidarse con independencia de los gastos en que la parte vencedora haya incurrido efectivamente en concepto de asistencia de letrado, siempre que tales gastos sean razonables», «…[a]unque la exigencia de proporcionalidad no implica que la parte

36. Apartados 51 y 52.

37. Apartados 56 y 57.

38. Apartado 25.

vencida deba reembolsar necesariamente la totalidad de los gastos en que haya incurrido la otra parte, sí requiere, empero, que esta última tenga derecho, cuando menos, al reembolso de una parte significativa y apropiada de los gastos razonables en que haya incurrido efectivamente»[39]. Es decir, si el límite fuese muy poco elevado, y el importe de los gastos a los que nos referimos lo superase ampliamente, el reembolso con tan limitación sería desproporcionado por lo que privaría de efectividad al art. 14 Directiva[40]. El art. 14 *in fine* excluye su propia aplicación en aquellos supuestos en los que la imposición de las costas al condenado resulta contraria a la equidad, de ahí que el juez tenga la facultad de, excepcionalmente, apartarse de la regla general a la que nos hemos referido. Con todo, el TJUE precisa que «la equidad no puede justificar que se excluya con carácter general e incondicional el reembolso de las costas procesales cuya cuantía rebase un determinado límite máximo»[41].

4. A modo de conclusión

Vistos los reglamentos europeos, la jurisprudencia del TJUE y las propuestas armonizadoras que proceden del ámbito europeo, podemos concluir que el consenso europeo en la materia pivota sobre el principio de vencimiento objetivo como criterio de condena en costas. Por consiguiente, diríamos que la configuración de las reglas de imposición de costas españolas vigentes no se aleja del influjo europeo en la materia.

Los problemas principales en los últimos años del régimen de la condena en costas han tenido lugar en procesos de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Los tribunales españoles, atendiendo a lo dispuesto por el TJUE, se han visto obligados a inaplicar algunas reglas en materia de imposición de costas de nuestra LEC para preservar la *efectividad* de la protección de los consumidores establecida por la Directiva 93/13/CEE. Y, aunque la aplicación jurisprudencial por los tribunales españoles de la referida doctrina del TJUE ha sido satisfactoria, y ya excepcione la tradicional aplicación del art. 394 LEC, consideramos que sería adecuado que estos criterios quedasen plasmados en nuestra LEC; así, se favorecería a la siempre querida seguridad jurídica y evitaríamos pronunciamientos «díscolos» de algunos tribunales.

Y por último, vista la reforma que se proyecta en España, permitan que manifestemos nuestro escepticismo con el establecimiento preceptivo del recurso a un medio adecuado de solución de controversias previamente a la interposición de la

39. Apartado 29.

40. Apartado 30.

41. Apartado 31.

demanda y que veamos con recelo las normas que pretendan que la decisión que se adopte en materia de costas dependa, principalmente, de la actuación de las partes en esa negociación previa a la vía jurisdiccional; marginando, así, el vencimiento como criterio rector de la condena en costas —que, a fin de cuentas, no es discutido en Europa—.

5. Bibliografía

Aguilera Morales, M., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2020 (472/2020). Las costas en los litigios sobre préstamos hipotecarios en divisa cuando existen serias dudas en derecho», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (Dir. Yzquierdo Tolsada, M.), Vol. 12 (2020), Dykinson, Madrid, 2021, págs. 101 a 114.

Banacloche Palao, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, núm. 9814, 2021.

Herrero Perezagua, J. F., *Reglas, excepciones y problemas del pronunciamiento sobre costas*, La Ley, Madrid, 2019.

Martínez de Santos, A., «Particularidades de la reforma de las costas en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 154, 2022.

Picó Junoy, J., «MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?», *Diario La Ley*, núm. 9801, 2021.

Schumann Barragán, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

Vallines García, E., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017 (419/2017). Costas en litigios sobre cláusula suelo y principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (Dir. Yzquierdo Tolsada, M.), Vol. 9 (2017), Dykinson, Madrid, 2018, págs. 309 a 324.

Capítulo 10 | Estándares europeos de métodos ADR y su encaje en el proceso civil en España

*Juan Carlos Ortiz Pradillo**

1. INTRODUCCIÓN: ESTÁNDARES EUROPEOS DE LOS SISTEMAS ADR EN EL PROCESO CIVIL: 1.1. Marco jurídico europeo; 1.1.1. *Amplitud conceptual;* 1.1.2. *Flexibilidad procedimental;* 1.1.3. *Voluntariedad mitigada.* 1.2. Recomendaciones y propuestas a futuro: la Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea y las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil: 1.2.1.*La Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea;* 1.2.2. *Las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil.* 2. ¿CUMPLE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA CON ESA VISIÓN EUROPEA DE INCORPORAR LOS MÉTODOS ADR AL SENO DEL PROCESO CIVIL? SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS: 2.1. A propósito de la amplitud conceptual; 2.2. A propósito de la flexibilidad procedimental; 2.3. A propósito de la voluntariedad mitigada: 2.3.1. *Incentivos económicos para el fomento de los ADR en España.;* 2.3.2. *«Zanahorias» económicas: gratuidad de los servicios ADR y devolución de las tasas judiciales;* 2.3.3. *Instrumentos procesales civiles para el fomento de métodos ADR en España;* 2.3.4. *La búsqueda de un acuerdo extrajudicial versus la justificación de haber intentado un método ADR como presupuesto procesal para acceder a la Justicia;* 2.3.5. *La derivación intrajudicial a los métodos ADR*; 2.3.6. *Las sanciones —«palos»— por no haber asistido o haber rechazado participar en un método ADR.* 3. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción: Estándares europeos de los sistemas ADR en el proceso civil

La utilización de mecanismos ADR —alternative or adequate dispute resolution— o MASC —métodos alternativos o adecuados de solución de conflictos o controversias— (según utilicemos sus siglas en inglés o en castellano) constituye uno de los temas perennes que presiden los debates y estudios jurídicos a propósito de garantizar una Justicia ágil y eficaz, sobre todo cuando se trata de buscar soluciones

* Profesor Titular de Derecho Procesal — Universidad Complutense de Madrid — Miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) — juancarlosortiz@ucm.es — ORCID: 0000-0001-6092-6137. WoS ResearcherID AAG-7424-2019.

ante la multiplicación de la litigiosidad judicial y la sobrecarga de trabajo de la Administración de Justicia.

La armonización de los sistemas procesales civiles en la Unión Europea no sólo se ha fijado en el acercamiento de los sistemas judiciales de los Estados miembros, mediante la importante labor jurisprudencial del TJUE, así como en el impulso de un Derecho Procesal Civil Europeo en asuntos transfronterizos, fruto de la competencia legislativa prevista en el Artículo 81 TFUE. También se ha buscado impulsar y armonizar los mecanismos de resolución de conflictos alternativos a la vía judicial —en adelante, utilizaremos indistintamente la expresión «métodos ADR» o «métodos MASC» para referirnos genéricamente a los distintos sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos previstos legalmente—, así como también lograr su adecuado encaje dentro de los procesos jurisdiccionales, ya que la Unión Europea considera que dichos mecanismos constituyen también una eficaz herramienta para garantizar el acceso a la Justicia, consagrado como derecho fundamental y principio general del Derecho Europeo en el artículo 6 CEDH y el artículo 47 CDFUE[1].

En este sentido, la herramienta legislativa dispuesta en el art. 81.2.g TFUE para adoptar medidas de aproximación de las disposiciones legales de los Estados miembros para *garantizar el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios* en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, ha dado lugar a toda una batería de iniciativas y avances legislativos (Planes de Acciones, Libros Verdes, Recomendaciones, Directivas y Reglamentos), para lograr una cierta armonización *horizontal* de la Justicia Civil en Europa en cuanto a los requisitos y estándares o principios rectores de dichos procedimientos ADR, que contribuyan a la solución de controversias a través de procedimientos «rápidos y poco costosos»[2], al entender que con ello se conseguirá, tanto facilitar el acceso a la Justicia y a la resolución eficaz de las controversias, como ayudar igualmente a la descongestión de la carga de trabajo que pesa sobre los órganos jurisdiccionales.

---

1. Un estudio más detallado sobre los avances legislativos de la Unión Europea en materia de sistemas ADR puede verse en ORTIZ PRADILLO, J. C. (2021) «Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y su operatividad presente y futura», *VV.AA. JUSTICIA Y TRANSNACIONALIDAD. TUTELA JUDICIAL Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS* (Dir. Jorge Argudo González, Coord. Lucía López de Castro García-Morato), Madrid: Iustel, pp. 133-165.

2. No parece cuestionable que la rapidez, agilidad y «coste reducido» de los ADR haya sido una de las máximas presentes en casi todas las propuestas e iniciativas europeas en dicha materia. Basta con leer, por ejemplo, lo analizado en el Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y las soluciones de litigios en materia de consumo en el Mercado único [COM (1993) 576 final] o en el Libro Verde de 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil [COM(2002) 196 final].

1.1. Marco jurídico europeo

Existen tres principales instrumentos legislativos reguladores de métodos ADR en la Unión Europea: la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, la «Directiva de Mediación»); la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante, la «Directiva RAL») y el Reglamento (UE) 524/2013, también de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (en adelante, el «Reglamento RLL»).

Los dos últimos vinieron a tratar de fijar un marco jurídico horizontal y común aplicable a los distintos sistemas ADR en materia del Derecho de consumo, referidos a la resolución de controversias entre consumidores y comerciantes de la UE derivados de la compra de un producto o la contratación de un servicio, y en los cuales se establecieron determinados principios de calidad armonizados para las entidades y los procedimientos ADR o RLL (abarcando tanto los sistemas en los que el tercero puede imponer soluciones vinculantes, como a aquellos en los que el tercero reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa y, en su caso, proponer una solución); determinadas obligaciones de información sobre los comerciantes que decidieran someterse a dichos sistemas y sobre las entidades ADR; y determinadas obligaciones de control, certificación y seguimiento por parte de los Estados respecto de las entidades ADR y de sus procedimientos[3].

El primero, sin embargo, optaba por buscar una armonización europea sobre un concreto mecanismo ADR como lo es la mediación, y a diferencia de los otros dos instrumentos referidos al ámbito del consumo, sí que fija una serie de criterios o normas mínimas a la hora de integrar dicho mecanismo ADR en los procesos jurisdiccionales civiles y mercantiles, lo cual constituye el objeto del presente trabajo. Es decir, tanto la Directiva de mediación, como otras iniciativas *soft law* posteriores en la Unión Europea sí nos permiten atisbar hacia dónde se encamina la Justicia Civil europea en materia de incorporación de los métodos ADR al sistema jurisdiccional[4]. Y esa visión puede quedar resumida en las siguientes notas características: Amplitud conceptual, flexibilidad procedimental y voluntariedad mitigada.

---

3. Con mayor detalle, vid. Villamarín López, M. L. (2018) «Los estándares mínimos exigibles a los mecanismos alternativos de resolución de litigios de consumo», en Innovación tecnológica, mercado y protección de los consumidores (Coord. María Teresa Álvarez Moreno), Barcelona: Reus, pp. 317-332.

4. Además de las iniciativas objeto de análisis específico —la Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea y las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil—, las tendencias de la UE en materia de incorporación de métodos ADR a los sistemas judiciales se aprecian igualmente en el Informe de la Comisión 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

1.1.1. Amplitud conceptual

La Unión Europea ha comprendido que uno de los modos para facilitar la utilización de mecanismos ADR en los distintos sistemas procesales de los Estados miembros pasa por fijar un marco jurídico predecible y fiable, pero también pasa por habilitar, a partir de una normativa de mínimos, que los Estados se sirvan de aquellos métodos ADR más adecuados, cognoscibles o encajables en su cultura procesal. Por ello, ambos instrumentos legislativos (la Directiva RAL y la Directiva de Mediación) mantienen unas definiciones abiertas de lo que ha de entenderse por «solución consensuada», y más en concreto, por «mediación» y por «mediador».

La Directiva de Mediación de 2008 definió la «mediación» en términos muy genéricos: *un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*. De este modo, tal definición ampara, tanto a aquellos procedimientos en los que el tercero puede llegar a proponer una solución práctica (mediación valorativa), como a aquéllos otros en los que dicho tercero ejerce como mero conductor del proceso para la gestión del conflicto, pero sin ofrecer propuestas de solución (mediación facilitadora), a la vez que ampara también las distintas formas a partir de las cuales se accede a la mediación, como por ejemplo, por la espontánea voluntad de las partes de acudir a la misma, por venir establecida como cláusula contractual, porque venga exigida como requisito previo a la vía judicial por el ordenamiento jurídico nacional o sea propuesta o exigida por el órgano judicial en el marco de un proceso judicial[5]. Únicamente se quiso dejar claro que se excluían aquellas gestiones llevadas a cabo por el órgano judicial competente para resolver el litigio en el curso de un proceso judicial (art. 3.a.II), así como las negociaciones precontractuales, la conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, la determinación por experto o el asesoramiento de éste al órgano jurisdiccional, ni los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto[6].

De igual modo, la Directiva RAL también optó por una visión muy amplia de los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios, al amparar tanto aquellos en los que la entidad RAL impone una solución vinculante, como aquellos otros en los

---

mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM(2016) 542 final], así como en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE [2016/2066(INI)].

5. Caso Señal, M. (2008) «Mediación. Signo distintivo de Europa», *La Ley*, 31 de octubre de 2008, pp. 8 y ss.

6. Considerandos 11 y 12 de la Directiva. Se eliminó la exclusión expresa del «recurso al Defensor del Pueblo» que establecía la Propuesta de Directiva de 2004, aunque tal cauce puede incluirse dentro de *los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no*.

que tan sólo propone o reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa, si bien el apartado 2 de su artículo 2 también enumera una serie de métodos ADR que deben entenderse excluidos (por ej., los procedimientos en los que el encargado de resolver el litigio esté empleado o sea retribuido exclusivamente por el comerciante en cuestión, los sistemas internos de atención al cliente, la negociación directa entre el consumidor y el comerciante, o los intentos realizados por un juez para resolver un litigio en el marco de un procedimiento judicial relativo a dicho litigio.

Ahora bien, esta amplitud conceptual ha sido, justamente, criticada por dar lugar a una «colcha de patchwork» compuesta por una miríada de diferentes entidades y métodos ADR que resultan desconocidos y extraños para los nacionales de otros Estados miembros diferentes a aquél en el que se lleva a cabo la búsqueda de la solución consensuada del conflicto[7].

1.1.2. Flexibilidad procedimental

En segundo lugar, hablamos de flexibilidad procedimental porque la UE también ha abogado por otorgar un amplio margen a los Estados y a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de configurar el procedimiento ADR en cuestión.

Con respecto a la mediación, la Directiva de 2008 indicó expresamente que «La mediación a que se refiere la presente Directiva debe 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*[8]». No obstante, en el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil del año 2002 ya se advertía que «La calidad de las ADR se basa esencialmente en la competencia de los terceros responsables de éstas. El control de las técnicas exigidas por dichas modalidades requiere una sólida formación. La formación profesional desempeña, pues, un papel primordial, y no sólo desde el punto de vista del funcionamiento de las ADR, de su calidad y, por consiguiente, de la protección de los usuarios de las ADR, sino también en la perspectiva de la libre prestación de servicios que garantiza el artículo 49 del Tratado».

Sin embargo, la Directiva de 2008 apenas entró a regular esos mínimos de calidad, optando por establecer una doble remisión: La primera, dirigida a los Estados

---

7. Véase el estudio *The Relationship between Formal and Informal Justice: the Courts and Alternative Dispute Resolution Report of the European Law Institute and of the European Network of Councils for the Judiciary. Report of the European Law Institute and of the European Network of Councils for the Judiciary*. European Law Institute, 2018, pp. 6 y ss. Documento accesible online en la página web: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ADR_Statement.pdf.

8. Considerando nº13 de la Directiva.

miembros, a los que otorgó libertad a la hora de configurar el modelo de mediación o las exigencias con respecto a la formación y capacitación de los mediadores, instándoles únicamente a fomentar la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, como es el caso del *Código de Conducta Europeo para Mediadores* aprobado en 2004[9]. Y la segunda, dirigida expresamente a los mediadores, consistente en una remisión expresa a los principios establecidos como normas deontológicas para la mediación de consumo en la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo[10].

La Directiva de 2008 fijó muy pocas reglas positivas de procedimiento a la hora de encajar los ADR dentro de la Justicia civil, y lo hizo de manera consciente porque entendía que deberían ser los Estados miembros los que decidieran el modelo de mediación y su correspondiente encaje en su normativa procesal nacional. Más allá de la amplia definición de «mediación» en su artículo 3, no indicaba la estructura del procedimiento de mediación, aunque de los Considerandos del texto comunitario se deduce que dicho procedimiento deberá ser «económico y rápido» (considerando nº6), en el que las partes «se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento» (considerando nº13) y que debe aspirar a «preservar la flexibilidad del procedimiento de mediación y la autonomía de las partes, y a garantizar que la mediación se lleve a cabo de una forma eficaz, imparcial y competente» (considerando nº17).

No obstante, y partiendo de la máxima según la cual la mediación *no debe considerarse una alternativa peor que el proceso judicial*[11], fijó los siguientes límites a la autonomía procesal de los Estados y de las partes a la hora de configurar dichos mecanismos ADR:

a) los Estados debían prever la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan establecer límites temporales al procedimiento de mediación, así como la posibilidad de «señalar» a las partes la posibilidad de acudir a la mediación, cuando resulte oportuno;

---

9. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

10. Considerando nº18 de la Directiva: «Se debe alentar a todos los mediadores u organizaciones que entran en el ámbito de aplicación de dicha Recomendación a que respeten sus principios».

11. Considerando n.º 19 de 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 (DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008).

b) la necesidad de que los ordenamientos nacionales garanticen que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación;
c) la protección de la confidencialidad de la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso salvo acuerdo contrario de las partes o cuando concurran ciertas premisas dispuestas en el artículo 7; y
d) la posibilidad de que el ordenamiento nacional pueda disponer el carácter ejecutivo del acuerdo escrito resultante de una mediación.

La normativa europea sobre ADR de consumo (Directiva y Reglamento de 2013), por el contrario, sí que fijaron una gran pléyade de normas y principios aplicables a la configuración del procedimiento ADR a seguir.

Respecto a la Directiva RAL, cabe citar, entre otros ejemplos, cómo el artículo 5 no sólo dispone la información mínima que la entidad RAL debe facilitar a los consumidores relativa al procedimiento utilizado por dicha entidad, sino que insta en concreto a que dicho procedimiento «permita al consumidor presentar una reclamación fuera de línea» y «haga posible el intercambio de información entre las partes por vía electrónica o, si procede, por correo». Además de ello, los principios de Eficacia y Equidad de los artículos 8 y 9 imponen igualmente un sinfín de normas procedimentales, como por ejemplo, que las partes tengan acceso al procedimiento, sin estar obligadas a ser asistidas por letrado o asesor jurídico, y sin que el procedimiento les prive de su derecho a obtener asesoramiento independiente o a estar representadas o asistidas por un tercero en cualquier fase del procedimiento; que el procedimiento de resolución alternativa sea gratuito o se preste a cambio de un precio simbólico para los consumidores; que el resultado del procedimiento de resolución alternativa se dé a conocer en un plazo de noventa días naturales (ampliable) contados desde la fecha en que la entidad de resolución alternativa haya recibido el expediente completo de reclamación, y además, dicho resultado se les informe por escrito o en un soporte duradero y con una exposición de las razones en las que se funda; que las partes tengan la posibilidad de expresar su punto de vista en un plazo razonable; o que dichas partes reciban de la entidad de resolución alternativa los argumentos, las pruebas, los documentos y los hechos presentados por la otra parte, cualesquiera declaraciones realizadas y dictámenes de expertos, y puedan presentar alegaciones al respecto.

Y en cuanto respecta al Reglamento RLL, también se dispone el contenido mínimo del formulario electrónico de reclamación, la información a remitir a la empresa o comerciante reclamados, la información a remitir a la parte reclamante, o la información que caracterice al procedimiento en línea seguido por la entidad RAL.

1.1.3. Voluntariedad mitigada

La tercera de las características que definen la visión europea de cómo incorporar los métodos ADR al sistema jurisdiccional civil es la modulación del carácter voluntario de los mismos. Se habla de «voluntariedad mitigada» porque, si bien es cierto que la principal nota definitoria de los sistemas ADR es la voluntariedad en cuanto a su utilización, referida tanto a la decisión de emplear o no dichos mecanismos ADR para la búsqueda de un acuerdo consensuado, como a la posibilidad de dar por finalizado su empleo o no llegar a un acuerdo sobre la controversia, lo cierto es que las instituciones europeas han remarcado reiteradamente la conveniencia de impulsar el uso de los mecanismos ADR a través de dos caminos: por una parte, difundir la existencia de tales sistemas, y más en particular, exigir que los abogados y demás profesionales jurídicos informen adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de recurrir a la mediación y a otros sistemas ADR; y por otra, a través de «incentivos financieros[12]» y exigencias de que el recurso a la mediación sea algo obligatorio antes de acudir a la vía judicial.

De ahí que la Directiva de Mediación permita a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales regular el uso de fórmulas de resolución consensuada de las controversias como un requisito previo, incluso obligatorio, a la vía judicial, siempre que ello no impida a aquéllas acudir a la vía judicial una vez finalizada o intentada la mediación sin éxito, así como la posibilidad de que el órgano judicial pueda obligar a las partes procesales a acudir a una sesión de mediación. Y en la misma dirección, la Directiva RAL no exige la participación obligatoria de los comerciantes en los diversos procedimientos de resolución alternativa de conflictos, pero no impide que las legislaciones nacionales puedan establecer la obligatoriedad de participar en dichos procedimientos, siempre que dichas normas no impidan a las partes ejercer su derecho a acceder al sistema judicial, tal como establece el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (considerando nº 49 y artículo 1).

El que la UE vea con buenos ojos la imposición de obligar a las partes a acudir a sistemas ADR con carácter obligatorio antes de acudir a la vía judicial se deriva, entre otras causas, de la denominada «paradoja de la mediación»: En diversos estudios encargados por las instituciones europeas se aprecia que, a pesar de haberse documentado altos porcentajes de éxito en diversos países respecto de los conflictos en los que los litigantes participaron en la mediación, dichos éxitos son extremadamente limitados en número (apenas el 1% de los litigios iniciados en la UE), de modo que Europa concluye que, si bien el uso de la mediación produce

12. El enfoque optimista con el que la UE valora esos incentivos financieros (recuperación de tasas judiciales o ausencia de costas procesales) puede verse en ORTIZ PRADILLO, J. C. (2021) «Los mecanismos alternativos…», op. cit., p. 152.

resultados altamente exitosos, rara vez es utilizada de manera sistemática por los litigantes y abogados, y de ahí la conveniencia de exigir su utilización[13].

Además, esta postura de las instituciones europeas proclive a exigir la utilización de mecanismos ADR con carácter previo al acceso a la vía judicial ha sido objeto de respaldo jurisprudencial por parte del TJUE en sus Sentencias *Alassini*[14] y *Menini y Rampanelli*[15], en donde dicho Tribunal ha declarado que el Derecho de la Unión (y en especial, el art. 47 CDFUE) no se opone a una normativa nacional conforme a la cual, en determinados litigios, pueda exigirse una mediación o conciliación previa como requisito de admisibilidad de la demanda judicial, siempre que tal exigencia no impida que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial y que dichos mecanismos ADR tengan una serie de características concretas:

— que dicho procedimiento no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial posterior,
— interrumpa la prescripción o caducidad para el ejercicio de los correspondientes derechos;
— no ocasione gastos significativos para las partes;
— no sea únicamente a través de instrumentos y canales electrónicos; y
— permita la adopción de medidas provisionales urgentes.

1.2. Recomendaciones y propuestas a futuro: la Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea y las *Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil*

En el camino hacia la convergencia de las normativas procesales civiles nacionales, en la Unión Europea se han propuesto una serie de principios y normas comunes para alcanzar sistemas judiciales eficaces —y, sobre todo, eficientes—, que faciliten el acceso a la justicia y la resolución justa de los litigios, en unos plazos y con unos costes razonables (máxime, ante la actual coyuntura postpandémica). Y tales propuestas parten de dos ideas clave: a) la gestión activa del procedimiento (*case-management*), con unos órganos jurisdiccionales que se impliquen activamente en los asuntos de los que conocen, con amplios poderes y facultades para adecuar y

13. Véase el estudio «Quantifying the Cost of Not Using Mediation - a Data Analysis (2011 Study)», de 6 de abril, elaborado por Giuseppe De Palo, Ashley Feasley y Flavia Orecchini, por encargo de la Dirección General de Políticas Interiores de la Unión Europea, pág. 10.

14. STJUE de 18 de marzo de 2010. Asuntos C-317/08 a C-320/08 - Alassini y otros. ECLI:EU:C:2010:146.

15. STJUE de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16 - Menini y Rampanelli. ECLI:EU:C:2017:457. Como análisis sobre dichas sentencias y la relación entre la mediación obligatoria y el acceso a la Justicia, vid. Peiteado Mariscal, P. (2018) «Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria». *Estudios de Deusto,* vol. 66, n.º 2, 2018, pp. 283-322. http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018.

adaptar el procedimiento a las necesidades de las partes o de la causa; y b) el fomento de la cooperación entre las partes para alcanzar una solución justa, eficiente y rápida de la controversia (*cooperation*), lo cual incluye la obligación de buscar la solución consensual del litigio (*settlement*), tanto antes como después de la judicialización del asunto, para lo cual se hace necesario impulsar adecuadamente el uso de los métodos ADR, también en el seno de los procesos judiciales civiles y mercantiles.

La evolución que advertimos en estas propuestas europeas, con respecto a la actual normativa vigente (Directiva de 2008 y Directiva y Reglamento de 2013) radica en que el fomento de los mecanismos ADR no busca únicamente su utilización alternativa a la vía jurisdiccional y *fuera* de la misma (métodos *out-of-court*), como una exigencia previa y preprocesal, sino también que tales instrumentos ADR sean vistos como una herramienta procesal más, a emplear por los abogados y por el propio órgano jurisdiccional (*Court-based Dispute Resolution Processes*) a la hora de impulsar aquel mecanismo más apropiado para alcanzar, una vez judicializado y examinado el asunto, una solución consensual a su controversia (*in-Court-settlement*).

1.2.1. La Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea

La *Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea* de 2017[16] incluyó específicas alusiones al uso de métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios a la hora de garantizar un juicio equitativo, un mejor acceso a la justicia y la confianza mutua, como parte de la política de la UE encaminada a crear un espacio de libertad, seguridad y justicia. Además de reiterar la necesidad de que los ordenamientos nacionales fijen expresamente normas que interrumpan la caducidad y la prescripción de las acciones con el fin de no desalentar el uso de la mediación previa al proceso (considerando nº15), también se consideraban normas adecuadas para impulsar los mecanismos ADR dentro de la Justicia civil y mercantil, las siguientes:

i) la facultad judicial de implicarse activamente en ayudar a las partes a llegar a una transacción sobre la totalidad o parte del litigio (artículo 9.2.e); y
ii) la facultad judicial de poder proponer a las partes, en cualquier fase del proceso, el recurso a la mediación para llegar a una transacción o estudiar la posibilidad de una transacción (artículo 12.1).

---

16. Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea (2015/2084(INL)). DOUE C 334, de 19 de septiembre de 2018, p. 39–59.

1.2.2 La Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil

De igual modo, las *Reglas Modelo Europeas de Derecho Procesal Civil*[17] (ERCP) adoptadas a finales de 2020 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) y el Instituto de Derecho Europeo (ELI) también constituyen una herramienta de *soft law* a través de la cual se pretende ofrecer un modelo sistemático de normas procesales civiles para cualquier país europeo; una suerte de «parte general» o «teoría general» del proceso civil eficiente[18] en donde se han identificado y propuesto principios y pautas generales a seguir como «mejores soluciones» (*best practice* o *best rule approach*, en la terminología inglesa).

En dichas Reglas Modelo, vemos en primer lugar como los principios de cooperación entre las partes (*Cooperation*) y búsqueda de solución consensual del litigio (*Settlement*) se elevan a la categoría de principios generales del proceso (Rules 2, 9 y 10). Las ERCP no regulan cómo deben ser los métodos ADR a emplear durante el proceso civil, a diferencia de otras propuestas y textos legislativos europeos, sino que se centran en las obligaciones, facultades y posibilidades de las partes y del órgano judicial a la hora de servirse de dichos métodos ADR, bien con carácter previo a la judicialización de la causa, bien durante la pendencia del proceso jurisdiccional. Y la consideración de la búsqueda de una solución consensuada como principio general es una muestra de la importancia que para dichas Reglas adquiere la necesaria implicación de las partes y del órgano judicial a la hora de buscar, determinar y utilizar aquel procedimiento ADR que facilite la consecución de dicho objetivo.

Con respecto a las partes, se incide especialmente en el deber de los abogados de informar a sus clientes acerca de los diversos métodos ADR existentes y asistirles a la hora de elegir el más adecuado en función de la tipología de su controversia, e incluso servirse de métodos obligatorios, o de procurar soluciones consensuadas parciales.

Las ERCP no pretenden imponer el recurso a métodos ADR con carácter obligatorio o como requisito de procedibilidad de las acciones judiciales en todo caso, sino que lo dejan a la autonomía procesal de los Estados, para que decidan cómo desean impulsar el uso de dichos métodos con carácter previo a la judicialización de

---

17. *European Rules of Civil Procedure* (ERCP). La versión original en inglés se encuentra disponible en la dirección web: https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules. La versión española es obra de Fernando Gascón Inchausti y Marco de Benito Llopis-Llombart, en el marco de las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Procesal Civil Europeo de IE University, 2022, y se encuentra disponible en la dirección web: https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/06/Reglas-en-espan%CC%83ol-2022-28-junio.pdf.

18. Gascón Inchausti, F. (2021) «Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 277-297. DOI: https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5960.

la causa (por ej., a través de exigir haber intentado un acuerdo como presupuesto procesal para la admisibilidad de las demandas, o mediante la imposición de costas y sanciones a aquella parte que haya rechazado sin justa causa acudir a los mecanismos ADR). Lo que sí se disponen son obligaciones de conducta preprocesales o «deberes procesales preliminares» (*Pre-commencement procedural duties*, Rule 51), entre las cuales se exige a las partes cooperar en la búsqueda de una solución consensual de la controversia —lo cual incluye también la posibilidad de llegar a acuerdos parciales que reduzcan el número de cuestiones controvertidas (Rule 9.4)— o, en su caso, en un posterior desarrollo eficiente del proceso, a través de la evitación de costes, pérdidas de tiempo, o actuaciones judiciales innecesarias.

En virtud de esa Regla 51, las partes deberían intercambiarse ágilmente información sobre la naturaleza de la reclamación y concretar los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia, antes de su judicialización, a fin de valorar la conveniencia o no de acudir a un método ADR, para lo cual se ponen como ejemplos de dicha conducta preprocesal los protocolos previos al ejercicio de acciones judiciales del sistema inglés (*Pre-Action Protocols*), previstos para materias tales como las reclamaciones de viajes combinados, reclamaciones dinerarias, daños personales, responsabilidad profesional, conflictos en materia sanitaria, daños en viviendas, accidentes de tráfico, etc.

En realidad, la conexión entre el *case management,* los *pre-action protocols* y la potenciación de los ADR preprocesales e intraprocesales para la promoción de acuerdos tempranos entre las partes no es novedoso. Las ERCP se inspiran en la reforma de las *Civil Procedure Rules* del sistema inglés, que a su vez se inspiraron en el informe de lord Harry Woolf de 1996[19], y en el que ya se defendía la importancia del comportamiento de los abogados en las etapas anteriores a la judicialización de la controversia y la necesidad de que los tribunales, además de alentar el uso de métodos alternativos antes y durante la tramitación del proceso, tuvieran en cuenta la conducta de las partes a la hora de participar, o bien, rechazar injustificadamente participar en tales métodos.

Respecto al órgano judicial, el principio de *case-management* busca que el juez se implique activamente en propiciar que las partes puedan alcanzar acuerdos; para ello, se fija el «deber» del órgano judicial de facilitar la consecución de acuerdos, totales o parciales, a lo largo del proceso, pudiendo incluso ordenar a las partes acudir en persona a reuniones o audiencias para informarles y recomendarles específicos mecanismos ADR (Rules 10.1 y 10.2). Es más, dentro de esa gestión activa del procedimiento, se prevé que el órgano judicial pueda participar en los intentos

19. WOOLF, H. (1996) Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales. H.M. Stationery Office.

de consecución de acuerdos e implicarse en la redacción de borradores de acuerdos, si bien ello no significa que pueda existir una suerte de «mediación judicial» dentro del proceso. Se reputa contrario al derecho a ser oído el que el juez lleve a cabo reuniones o comunicaciones privadas con una sola de las partes.

Las ERCP proponen, por ende, un proceso civil flexible con un juez pro-activo, con importantes poderes de gestión como esa facultad de exhortar a las partes a acudir a un mecanismo ADR, incluso recomendándoles el empleo de una modalidad concreta (Rule 10) que estime adecuada en función de la materia o de las circunstancias objetivas y subjetivas del caso; la facultad de exigir a las partes medidas activas y concretas para poner fin al proceso por acuerdo en todo o en parte; la fijación de un calendario procesal o cronograma prefijado; disponer la celebración de audiencias para la gestión del proceso (Rule 49), y en su caso, homologar o certificar un acuerdo alcanzado por las partes, tanto antes del proceso como durante su pendencia, que lo haga plenamente eficaz y ejecutivo[20] (Rule 141).

En conclusión, y si se nos permiten los coloquialismos, un proceso civil «arbitralizado» y un órgano judicial «empoderado» con importantes facultades para adecuar la gestión del caso —plazos, calendario de actuaciones, número de audiencias, orden en el examen de las cuestiones litigiosas, delimitación de los medios de prueba a emplear, instrumentos ADR a emplear, etc.— a las concretas circunstancias del asunto, de acuerdo con los principios de cooperación y proporcionalidad, y en defecto de reglas procedimentales taxativas y preclusivas.

2. ¿Cumple la legislación española con esa visión europea de incorporar los métodos ADR al seno del proceso civil? Situación actual y propuestas

Según hemos desgranado, la UE apuesta por una visión amplia de los métodos ADR o MASC, para que sean las partes o las legislaciones nacionales las que decidan cuál se adapta mejor o puede ser más efectivo a la hora de lograr una solución de la controversia; fija una serie de reglas procesales mínimas (interrupción de la caducidad y la prescripción, confidencialidad de lo tratado durante la mediación y posibilidad de dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo alcanzado) para que la utilización de estos mecanismos no impida o dificulte el acceso a la Justicia; y pretende abogar por que la utilización de métodos ADR sea preferente, mientras que la judicialización de la controversia sea la última opción.

20. Gascón Inchausti, F. (2021) «Las European Rules…», op. cit., p. 289.

La actual legislación española, sobre el papel, parece cumplir gran parte de esas indicaciones ofrecidas por las instituciones europeas, de modo que podríamos decir que nuestra normativa procesal civil en materia de promoción y derivación a métodos ADR es parcialmente convergente con los planteamientos de la UE. No obstante, esta afirmación merece un mayor desarrollo argumental para destacar por qué, incluso allí donde se cumple con los estándares europeos, la utilización de sistemas ADR no termina de funcionar en España, como tampoco sucede en Europa. De nada sirve seguir a rajatabla las propuestas y recomendaciones europeas para potenciar el uso de los sistemas ADR en la justicia civil y mercantil, si las mismas no son incorporadas de conformidad con las particularidades y características propias del sistema judicial nacional, y menos aún sin la debida adecuación a la cultura y práctica forense de los operadores jurídicos llamados a servirse de tales instrumentos.

2.1. A propósito de la amplitud conceptual

El artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles sigue estrictamente la definición dada por la Directiva 2008/52/CE (artículo 3.a): «Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador» Es más, el ámbito de la ley española se refiere a cualquier mediación que tenga lugar en España en asuntos civiles y mercantiles, y no sólo a los litigios transfronterizos.

Por su parte, la posterior Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva RAL de 2013, se centra más en los requisitos que deberán cumplir las entidades de resolución alternativa que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa o extrajudicial de litigios de consumo, mientras que a la hora de delimitar conceptualmente el método extrajudicial de resolución de conflictos a seguir, lo hace en sentido negativo, excluyendo en su artículo 3.2 diversos mecanismos como la negociación directa entre las partes, los procedimientos iniciados por los empresarios contra los consumidores, los gestionados por los empresarios u oficinas y servicios de información y de atención al cliente, o los intentos o actuaciones realizadas en el marco de un procedimiento judicial con el fin de intentar solucionar el litigio objeto del mismo, por citar algunos ejemplos.

Y aún mayor amplitud conceptual se aprecia *lege ferenda*, pues el *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia* de 2022[21] define

21. Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. BOCG, Serie A: 22 de abril de 2022 nº 97-1.

como MASC «cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral» (art. 1), a la vez que enumera un listado no cerrado de modalidades como la mediación regulada en la Ley 5/2012, la conciliación privada (art. 14), la oferta vinculante confidencial (art. 16), la opinión de experto independiente (art. 17), así como «cualquier otro medio adecuado de solución de controversias previsto en otras normas —v. gr., la conciliación notarial, registral o ante el LAJ—» y «la negociación directa o, en su caso, a través de sus abogados» (art. 13.1).

2.2. A propósito de la flexibilidad procedimental

La legislación española incorporó igualmente en 2012 las normas mínimas procesales exigidas en la Directiva de 2008 para interrumpir el cómputo de la caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación; la protección de la confidencialidad de la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso y la posibilidad de que el ordenamiento nacional pueda disponer el carácter ejecutivo del acuerdo escrito resultante de una mediación.

Igualmente, convirtió la cláusula compromisoria de sometimiento a mediación en una excepción procesal equiparable a las cláusulas arbitrales (artículos 39 y 63 LEC), lo cual ya criticamos en su momento porque falla lo esencial: a diferencia del arbitraje, lo que caracteriza a la mediación es que se trata de un instrumento voluntario en el que las partes quieren resolver el conflicto por sí mismas y acuden a un tercero para que les ayude, no para que decida por ellos. No tiene sentido prohibir a las partes interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial si han firmado un pacto de mediación, porque ésta nacería ya desprovista de cualquier probabilidad de éxito, o al menos dichas probabilidades se verían seriamente mermadas. Cuando alguien acude a los tribunales en defensa de la tutela de sus derechos es debido a que los demás cauces de pacificación de la controversia (reuniones, contactos, reclamaciones previas, negociaciones, etc.) no han operado el efecto deseado y resulte casi imposible intentar una solución consensuada[22].

Con la equiparación de la cláusula compromisoria de sometimiento a mediación con la cláusula arbitral tan sólo se posterga lo inevitable; que se cumpla el formalismo de convocar a la otra parte a una sesión y firmar un documento (acta) en el que se recoja lo obvio: que no existe voluntad de acuerdo y el intento de mediación debe darse por zanjado. Es curioso que al mediador se le conceda la potestad de

22. Ortiz Pradillo, J. C. (2016) ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR: PROPUESTAS DE ACTUALIZACIÓN Y MEJORA. Toledo: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, p. 186 y ss.

dar por finalizado el procedimiento de mediación por apreciar de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables (art. 22.3 de la Ley 5/2012) y, sin embargo, tal posibilidad no se les permita a las partes con carácter previo al inicio de dicho procedimiento de mediación, si en su momento firmaron un documento con la intención de someterse a mediación para resolver sus disputas.

Cuestión distinta es que, instada o iniciada una mediación u otro mecanismo ADR, se impida a las partes ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, salvo la solicitud de medidas cautelares, pues ello constituye una clara manifestación del principio de buena fe y de cooperación entre las partes que debe presidir cualquier sistema ADR. Así se prevé genéricamente en el artículo 10.2 de la Ley 5/2012, y también más específicamente, entre otras, en la normativa referida a la búsqueda de soluciones extrajudiciales en materia de reclamaciones de consumidores contra entidades de crédito con motivo de cláusulas abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria[23].

En cuanto a la flexibilidad procedimental de los sistemas ADR en España, y frente al principio de legalidad procesal establecido en el art. 1 LEC, cabe preguntarse si en la mediación es necesario o conveniente que una ley regule cómo debe ser el procedimiento a seguir, pues la mediación se caracteriza justamente por ser lo opuesto al proceso jurisdiccional: flexible, confidencial, privada, y capaz de adaptarse a las necesidades de las partes en conflicto.

En la mediación se habla de «deslegalización», en el sentido de que la ley ocupa un papel menos central en el desarrollo de la negociación; de «desjudicialización», toda vez que la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos judiciales; y de «desjuridificación», en el sentido de que el Derecho como sistema cerrado de normas no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio[24]. Por ello, la voluntariedad como principio caracterizador de la mediación no debe tener su reflejo únicamente en la decisión de acceder a la mediación o permanecer en ella, sino que exige que las partes asuman un papel protagonista en su diseño y su desarrollo, con una participación activa en la búsqueda de una solución a su problema.

---

23. De conformidad con el artículo 3.6 del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, «Las partes no podrán ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la reclamación previa durante el tiempo en que esta se sustancie. Si se interpusiera demanda con anterioridad a la finalización del procedimiento y con el mismo objeto que la reclamación de este artículo, cuando se tenga constancia, se producirá la suspensión del proceso hasta que se resuelva la reclamación previa».

24. Ortuño Muñoz, P., Hernández García, J. (2007) *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, ed. Fundación Alternativas, Madrid, p. 8.

Pero, por otra parte, deben existir determinadas garantías que otorguen a los partícipes la certeza de que el esfuerzo por alcanzar una solución consensuada no será tiempo y dinero perdido, sino que tendrá un reconocimiento por parte del Ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, los sistemas ADR *son flexibles pero tienen que basarse en unas normas mínimas de calidad entre las que figuran determinados principios básicos de procedimiento*[25]. Y en nuestra opinión, el establecimiento de unas garantías mínimas es el factor clave para lograr el fomento y desarrollo de los sistemas ADR, por lo que resulta muy conveniente el establecimiento de un marco regulatorio que dote de seguridad jurídica a las actuaciones a desarrollar, de tal manera que los acuerdos alcanzados a través de la mediación sean eficaces y puedan ser cumplidos, y generen en los ciudadanos la confianza suficiente como para acudir a dichos métodos.

Ahora bien, una cosa es establecer previamente un cierto número de criterios mínimos que garanticen la transparencia del procedimiento y la profesionalidad de la persona o entidad mediadora, y otra muy distinta es normar sobre aspectos accesorios como, por ejemplo, que las partes deben «respetar los puntos de vista por ellas expresados»; que las partes deben prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, «manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad»; que se debe establecer por escrito el programa de actuaciones, el lugar de celebración o la lengua del procedimiento; que el mediador facilitará a las partes la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado; o que las mediaciones para la reclamación de cantidad inferior a 600 euros deberán intentar resolverse a través de medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.

En nuestra opinión, aunque la Ley 5/2012 afirme en su articulado que, *sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente*, vemos como dicha ley abusa de reglas procedimentales que impiden que la mediación regulada en España pueda calificarse como «flexible»[26], pues el grado de autonomía reconocido a las partes para configurar procedimentalmente la mediación a seguir es mucho menor que la concedida en la configuración de un arbitraje, en el que la mayoría de las normas son dispositivas y, por tanto, modificables por acuerdo de las partes.

Dicha Ley exige a las partes el respeto a numerosos requisitos respecto a plazos, forma y contenido de las solicitudes, notificaciones y actas; la propia tramitación de la mediación; los requisitos del mediador o de la institución mediadora; trámites a seguir para su nombramiento, aceptación, renuncia, sustitución, etc., y se da la paradoja de que la

25. Vid. el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, publicado por la Comisión el 19 de abril de 2002, pág. 30. COM (2002) 196 final.

26. Ortiz Pradillo, J. C. (2016) ESTUDIO SISTEMÁTICO… op. cit., p. 201.

legislación actual exige más requisitos para poder actuar como tercero mediador, sin capacidad de resolución, que para ser árbitro (y por tanto, poder imponer la resolución del conflicto a través de la emisión de un laudo con efectos de cosa juzgada).

Y en la misma línea, la citada Ley 7/2017 reguladora de las entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo también dedica su Sección 2ª (artículos 8 a 21) a fijar determinados requisitos que deben cumplir los procedimientos extrajudiciales gestionados por las entidades de resolución alternativa que aspiren a acreditarse como tales en España. Así, por ejemplo, y en materia de asistencia jurídica, el art. 10 obliga a aquella parte (consumidor o empresario) que pretenda valerse de abogado o asesor jurídico, a «comunicarlo a la entidad de resolución de conflictos dentro de los tres días siguientes a la fecha de presentación de la reclamación, en el caso del consumidor, o de la recepción de la reclamación si se tratara del empresario».

2.3. A propósito de la voluntariedad mitigada

Examinados los distintos estudios realizados por las instituciones europeas para analizar la eficacia de la Directiva de 2008, podemos extraer que desde Europa se ha puesto el foco en dos extremos para mejorar y aumentar la utilización de los mecanismos ADR en el plano civil y mercantil: los incentivos financieros, de una parte, para impulsar el uso de la mediación y el establecimiento de normas que impongan acudir a un sistema ADR con carácter previo a la judicialización de la controversia, o bien, que permitan al órgano judicial derivar a las partes a uno de dichos sistemas, durante la tramitación procesal de la controversia.

2.3.1. Incentivos económicos para el fomento de los ADR en España

Con respecto a los incentivos económicos ideados para impulsar los métodos ADR, resulta necesario diferenciar entre aquellos incentivos económicos «en sentido positivo» y referidos a la financiación, minoración, exoneración o devolución de los costes asociados con la litigación —que llamaremos «zanahorias»— y aquellos otros «en sentido negativo» —que podrían denominarse coloquialmente como «palos»—, consistentes en la imposición de sanciones o consecuencias económicas desfavorables por el hecho de no haber utilizado o haber rechazado sin motivo justificado el empleo de métodos ADR.

2.3.2. «Zanahorias» económicas: gratuidad de los servicios ADR y devolución de las tasas judiciales

La gratuidad de los servicios ADR constituye una de las características que más pueden impulsar su empleo masivo por parte de la ciudadanía. De hecho, uno de

los factores que más ha impulsado la utilización del sistema arbitral de consumo ha sido, precisamente, su gratuidad para el consumidor. Por ello, la Directiva RAL de 2013 determinó que los procedimientos de resolución alternativa de conflictos de consumo fueran, preferiblemente, gratuitos para el consumidor, y en su defecto, tuvieran un coste simbólico con el que *resultaren accesibles, atractivos y asequibles para los consumidores*.

En nuestra opinión, una de las mejores iniciativas que podrían adoptarse en España para impulsar la utilización masiva de métodos ADR en materia civil y mercantil sería la creación de «Autoridades Administrativas Independientes» (AAI), similares a las «Agencias» norteamericanas, con capacidad para resolver extrajudicialmente controversias en sectores concretos y caracterizados por una alta tasa de litigiosidad, que descarguen de trabajo a la vía jurisdiccional, y cuyos procedimientos resulten gratuitos para el consumidor[27].

Fuera de tales procedimientos ADR en materia de consumo, la gratuidad no es uno de los principios rectores, ni del arbitraje, ni de la mediación civil y mercantil. Ni en la Unión Europea ni en nuestro país. En el primero, siempre cabe que el laudo disponga la condena en costas, mientras que en el segundo, la regla general es que el coste de la mediación será soportado por igual entre las partes, salvo pacto en contrario, y que el mediador o la Institución mediadora deberán informar con carácter previo sobre las gastos y tarifas del procedimiento de mediación (honorarios del mediador, gastos de la Institución, etc.). Y a ello hay que añadir el coste de la defensa jurídica que se utilice en dichos procedimientos, no cubierto por la vigente Ley de Asistencia Jurídica Gratuita[28].

El art. 6 LAJG, modificado en virtud de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, advierte que el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende el asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, *así como información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos*, en los casos no prohibidos expresamente por la ley, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión. Es decir, sólo información sobre la posibilidad de acudir a mediación, pero no los gastos derivados de aquélla.

---

27. La posibilidad de crear una entidad ADR para la resolución extrajudicial de litigios en un sector jurídico concreto se prevé expresamente en la Directiva RAL de 2013. Conforme a ello, la Ley 7/2017 prevé la creación por ley de una única entidad ADR de litigios de consumo para el sector financiero —la denominada Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero (ADCF)— y otra para la resolución de determinados litigios de los usuarios del transporte aéreo —la Agencia Española de Seguridad Aérea (AESA) —. Con más detalle, vid. Ortiz Pradillo, J. C. (2022) *Justicia Civil eficiente y M.A.S.C: Propuestas a partir de las Reglas Modelo europeas de Proceso Civil*. Pendiente de publicación.

28. En el mismo sentido, Gómez Amigo, L. (2013) «Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 31.

Únicamente cuando se trate de un litigio civil o mercantil transfronterizo el art. 46.2 LAJG, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 2003/8, incluye también «los procedimientos extrajudiciales en estas mismas materias cuando la Ley los imponga a las partes o el Juzgado o Tribunal remita a éstas a dichos procedimientos». Sin embargo, como quiera que la legislación española no impone la mediación, y los poderes del órgano jurisdiccional se limitan a «recomendar» o «informar» a las partes sobre la posibilidad de acudir a una sesión informativa, la mediación no se entiende incluida dentro de la asistencia jurídica gratuita.

El hecho de que a los profesionales jurídicos del turno de oficio no se les remunere por sus actuaciones en tales procedimientos ADR también resulta, en la práctica, un desincentivo para que los abogados recomienden a sus clientes acudir a una mediación intraprocesal[29]. Por ello, el citado *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal* prevé la reforma de la LAJG para que incluya también los honorarios de los abogados que intervengan en dichos métodos ADR, cuando su utilización sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial acordada por los jueces o tribunales o sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento judicial[30].

Por otra parte, otra de las recomendaciones de la UE parte de la consideración de que la devolución de las tasas judiciales también podría contribuir a potenciar la utilización de los sistemas ADR dentro del proceso. Así, en la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2011 se destacó muy positivamente el ejemplo búlgaro, en donde se fijaba que las partes recibirían un reembolso del 50 % de la tasa estatal ya abonada para dirimir el conflicto ante los tribunales si lo resuelven mediante la mediación, y el sistema rumano, cuya legislación preveía el reembolso total de las costas judiciales si las partes resuelven un conflicto jurídico pendiente a través de la mediación[31].

---

29. En el mismo sentido, Ortuño Muñoz, P. (2021) «Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficiencia Procesal», LA LEY Mediación y Arbitraje, Nº7, abril-junio 2021, para quien también constituye un desincentivo a la derivación judicial a mediación el que el CGPJ decidiera no valorar los acuerdos de mediación dentro de los módulos de rendimiento profesional, a efectos de retribuciones, con la misma puntuación que las sentencias.

30. La Disposición final tercera prevé la adición de un nuevo apartado 11 al artículo 6 con la siguiente redacción: «11. Los honorarios de los abogados que hubieren asistido a las partes, cuando acudir a los medios adecuados de solución de controversias sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial acordada por los jueces, juezas, los tribunales, los letrados o las letradas de la Administración de Justicia o sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento, siempre que tal intervención de los abogados sea legalmente preceptiva o cuando, no siéndolo, su designación sea necesaria para garantizar la igualdad de las partes.»

31. No obstante, además de aludir a «los logros alcanzados por los incentivos financieros previstos por la ley búlgara sobre la mediación», esa misma Resolución reconocía, *no obstante, que estos se deben también al interés manifestado hace tiempo por la mediación por el ordenamiento jurídico de Bulgaria, habida cuenta de que la mediación existe desde 1990 y de que el Centro de Solución de Conflictos - integrado por mediadores que trabajan por turnos - viene proporcionando diariamente desde 2010 servicios gratuitos de mediación e*

A nuestro juicio, llama la atención esa visión tan positiva por parte del Parlamento Europeo sobre la influencia de esos incentivos económicos a la hora de valorar el éxito o no del recurso a la mediación[32], pues la experiencia española en esa dirección no arrojó, ni por asomo, unos resultados mínimamente satisfactorios.

En España, la *Ley de Tasas Judiciales* del año 2012[33] indicaba en su Exposición de Motivos que con dicha ley se pretendía *incentivar la solución de los litigios por medios extrajudiciales*[34], de igual modo que la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003 defendía la necesidad de que *La legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos*.

Sin embargo, la realidad queda lejos de esa intención. Es cierto que la Ley de Tasas previó una devolución del 60% de la cuota de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, cuando en el proceso jurisdiccional se alcanzara «una solución extrajudicial del litigio[35]», y siempre que la resolución que pusiera fin al proceso fuera firme y se hiciera constar esa forma de terminación (art. 8.5), pero de los datos del CGPJ del periodo 2012-2021 no se aprecia un cambio significativo en el número de asuntos derivados a mediación u otro sistema ADR, una vez judicializado el asunto. Es más, la Ley de Tasas no establecía ninguna exención o bonificación fiscal para el caso de que las partes hubieran acudido a un sistema ADR con carácter previo al proceso y, alcanzado un acuerdo dentro del mismo, una de ellas solicitara judicialmente su ejecución forzosa ante el incumplimiento voluntario de la contraparte. Todo lo contrario; la inter-

---

información para las partes en casos judiciales pendientes (…). Quizás esto segundo pueda haber tenido una mayor repercusión que lo primero en el posterior dato facilitado por esa Resolución de 2011: «que en Bulgaria fueron objeto de mediación dos terceras partes de los casos mencionados y que la mitad de los casos se resolvieron satisfactoriamente mediante la mediación».

32. En el Apartado 11 de la Resolución de 13 de septiembre de 2011, el Parlamento «Reconoce los logros alcanzados por los incentivos financieros previstos por la ley búlgara sobre la mediación; reconoce, no obstante, que estos se deben también al interés manifestado hace tiempo por la mediación por el ordenamiento jurídico de Bulgaria, habida cuenta de que la mediación existe desde 1990 y de que el Centro de Solución de Conflictos - integrado por mediadores que trabajan por turnos - viene proporcionando diariamente desde 2010 servicios gratuitos de mediación e información para las partes en casos judiciales pendientes; señala que en Bulgaria fueron objeto de mediación dos terceras partes de los casos mencionados y que la mitad de los casos se resolvieron satisfactoriamente mediante la mediación».

33. Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. BOE n.º 280, de 21 de noviembre de 2012.

34. «Con la finalidad básica de incentivar la solución de los litigios por medios extrajudiciales, se establece una devolución de la cuota de la tasa, en todos los procesos objeto de la misma, cuando se alcance una terminación extrajudicial que ahorre parte de los costes de la prestación de servicios».

35. El Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita modificó dicho art. 8.5, sustituyendo la expresión «acuerdo extrajudicial» por «un allanamiento total o un acuerdo que ponga fin al litigio», lo cual no parece incentivar el uso de mecanismos ADR.

posición de una demanda de ejecución de un título ejecutivo extrajudicial, resultado de un método ADR, también constituye un hecho imponible (art. 2.a[36]). Ante ello, la pregunta era clara: ¿Por qué el Estado exige la misma tasa judicial a quien acude a la Administración de Justicia y utiliza toda la fase declarativa, con sus consiguientes gastos en medios materiales y personales, recursos no devolutivos, incidentes procesales, etc., que a quien acude sólo a los efectos de que se ejecute lo ya resuelto con efectos de cosa juzgada en un arbitraje o lo pactado en un acuerdo de mediación elevado a público[37]? Se genera así la paradoja de que el vencedor del arbitraje o la parte que desea el cumplimiento forzoso de lo fijado en dicho procedimiento ADR, a pesar de haber «descargado de trabajo» a la Administración de Justicia y haber decidido acudir y costear el procedimiento ADR, se ven también obligados a abonar la tasa judicial por el simple hecho de que la contraparte no cumple voluntariamente.

La posterior reforma parcial de dicha norma en virtud del RD-Ley 3/2013 excluyó expresamente como hecho imponible la demanda ejecutiva de los *laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo* (art. 4.1.e), lo cual, además de infrecuente —y carecer de mucho sentido tras la exención de tasas a las personas físicas a través del RD-Ley 1/2015—, resulta insuficiente y contradice claramente esa pretensión legislativa de incentivar el recurso a sistemas ADR.

Por todo ello, la pretendida reforma de la asistencia jurídica gratuita la consideramos muy positiva; no así la actual normativa en materia de reducción o devolución de las tasas judiciales, pues con ello no se descarga verdaderamente de trabajo a la Administración de Justicia ni se incentiva la utilización de mecanismos ADR.

Deben establecerse verdaderos incentivos fiscales que fomenten el uso preprocesal de mecanismos ADR, gestionados o administrados por personas físicas, entidades MASC o Cortes de Arbitraje. Por ejemplo, más allá de considerar determinadas indemnizaciones como «rentas exentas» a los efectos previstos en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando sean fruto de un acuerdo ADR[38], la ley ya prevé como «gasto deducible» los *gastos de*

---

36. En la Consulta Vinculante nº V0965-13, la Dirección General de Tributos vino a señalar expresamente que la exigencia de tasa a la ejecución de laudos arbitrales «no entra en contradicción con el hecho de que a algunos títulos ejecutivos extrajudiciales (expresión que no es extraña a la LEC) -como los laudos y acuerdos de mediación- se les dé desde el punto de vista procesal el mismo régimen que a los títulos judiciales».

37. Ortiz Pradillo, J. C. (2014) «Laudo arbitral y ejecución forzosa: algunos obstáculos que remover», en VV. AA., *HACIA UNA GESTIÓN MODERNA Y EFICAZ DE LA EJECUCIÓN PROCESAL* (director: Francisco Ramos Méndez), Barcelona: Atelier, p. 379.

38. Aunque el objetivo inicial parece ser, *lege ferenda*, ampliar el concepto de renta exenta a determinadas indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil cuyo abono sea consecuencia de un acuerdo de mediación o de cualquier otro medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto, la Disposición final quinta del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia prevé modificar el artículo 7 de la Ley 35/2006 para que dicha consideración como «renta exenta» sólo tenga lugar

defensa jurídica derivados directamente de litigios suscitados en la relación del contribuyente con la persona de la que percibe los rendimientos, con el límite de 300 euros anuales (art. 19.2.e).

Por ello, proponemos que el *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia* vaya más lejos en la reforma de la citada Ley 35/2006 e incluya también, como gastos deducibles —en su caso, también con determinados límites anuales—, los honorarios de los mediadores, árbitros o terceros neutrales, así como las tasas abonadas a las entidades encargadas de administrar dichos procedimientos ADR.

2.3.3. Instrumentos procesales civiles para el fomento de métodos ADR en España

La imposición de, al menos, un intento de solución consensual de la controversia con carácter previo a la judicialización del asunto, la posibilidad de derivación judicial a ADR con carácter imperativo o la introducción de reglas especiales en materia de costas y multas procesales son otras de las recomendaciones formuladas por las instituciones europeas que más calado han tenido en España, sobre todo por la repercusión que ello pueda tener en el objetivo de descongestionar la Administración de Justicia[39].

Una vez que la llamada «obligatoriedad mitigada» de la mediación ha sido respaldada por el TJUE[40], es cuestión de tiempo que en España se regulen tales herramientas para trata de incentivar la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos que eviten o anticipen la finalización del litigio. Todas ellas guardan relación con esa noción de obligatoriedad mitigada de los métodos ADR

---

cuando la indemnización derive de un acuerdo de mediación o de cualquier otro medio adecuado de solución de controversias legalmente establecido, *siempre que en la obtención del acuerdo por ese medio haya intervenido un tercero neutral y el acuerdo se haya elevado a escritura pública* [la cursiva y el subrayado es nuestro], hasta la cuantía que resulte de aplicar, para el daño sufrido, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, incorporado como anexo en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre». Es decir, quedarían fuera los acuerdos fruto de la negociación directa entre las partes, por sí o por medio de sus abogados, lo cual no incentiva verdaderamente la consecución de un acuerdo, sino que el mismo venga «avalado» por un tercero.

39. Apartado 10 de la Resolución de 13 de septiembre de 2011.

40. De igual modo, el requisito de un intento de mediación o conciliación previa, que no impida el posterior acceso a la vía judicial, debe considerarse compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva conforme a la jurisprudencia de nuestro TC: *De un lado, porque en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y, de otro, porque son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo.* (STC 217/1991, de 14 de noviembre, F. J. 5).

a la que nos estamos refiriendo y que permitiría exigir su utilización como condición de acceso al sistema jurisdiccional, facultar a los tribunales a remitir a las partes a tales métodos una vez judicializada la pretensión, o sancionar económicamente a quien, pese a haber ganado el pleito, pudo haber evitado el mismo aceptando una solución similar, pero en vía extrajudicial.

La última de las propuestas legislativas en materia de ADR —el citado *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal*— recupera y profundiza en esa «voluntariedad mitigada» con el objetivo de impulsar los ADR, a través de tres mecanismos: a) la fijación de justificar haber intentado alguno de los métodos MASC señalados en el Proyecto de Ley como requisito de procedibilidad para que la demanda sea admitida a trámite; b) la previsión procesal de que el órgano judicial pueda derivar a las partes a mediación u otro método ADR; y c) a través de lo que hemos venido a denominar «incentivos en sentido negativo» —o «palos»—, esto es, la imposición de sanciones o consecuencias económicas negativas por el hecho de no haber asistido o haber rechazado sin motivo justificado el empleo de métodos ADR.

2.3.4. La búsqueda de un acuerdo extrajudicial versus la justificación de haber intentado un método ADR como presupuesto procesal para acceder a la Justicia

Según hemos señalado anteriormente, el prelegislador español ha considerado en reiteradas ocasiones, y ahora se vuelve a poner de manifiesto en el *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal,* que un modo de impulsar el uso de métodos ADR con carácter previo a la judicialización de la controversia consiste en la exigencia de acompañar a la demanda la documentación que justifique haber intentado alguno de los métodos MASC señalados en el Proyecto de Ley como presupuesto procesal para su admisión a trámite[41]. Ni siquiera se esconde la verdadera finalidad —aunque parcial— de dicha formulación: *acoger el previsible incremento de la litigiosidad en los próximos tiempos y para recuperar el pulso de la actividad judicial, al compás de la recuperación económica y social tras la terminación del estado de alarma declarado como consecuencia de la pandemia COVID-19,* según reza la Exposición de Motivos de dicho Proyecto de Ley.

Como ya advertimos en su momento, la reducción de la litigiosidad se convirtió en España en las primeras décadas del segundo milenio en una especie de «mantra» invocado en cada una de las reformas procesales que se llevaban a cabo en nuestro

41. El artículo 4 lo denomina «Requisito de procedibilidad», aunque verdaderamente deba ser entendido como un presupuesto procesal para la admisión de la demanda, pues constituye una circunstancia previa que debe concurrir para la eficacia del posterior acto procesal consistente en la interposición de la demanda. Sobre ello, Banacloche Palao, J. (2021) «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, Nº 9814, de 19 de marzo.

país, caracterizadas todas por su voluntad de lograr la «modernización», «eficacia», «eficiencia», «calidad» y, sobre todo, la «agilización» de la Administración de Justicia[42].

Esta opción, en nuestra opinión, parte de un error en su planteamiento: exigir un intento de autocomposición como requisito previo para el acceso al sistema judicial no reducirá la litigiosidad ni descargará de trabajo a la Administración de Justicia; todo lo más, pospondrá el acceso a la misma. La verdadera descarga de trabajo de la Administración de Justicia tendrá lugar el día en que el sistema judicial pueda servirse, también durante la tramitación procesal de las demandas, de instrumentos complementarios y extrajudiciales para la adecuada solución, ágil y temprana, según sus circunstancias, de determinadas controversias.

Junto con la creación de Autoridades Administrativas Independientes que conozcan de reclamaciones con anterioridad a su judicialización y utilicen procedimientos ADR, el espejo en el que debería mirarse el legislador estatal a la hora de incorporar instrumentos complementarios que colaboren con los Tribunales de Justicia es el referido a las iniciativas de las Comunidades Autónomas y su legislación específica en materia de mediación familiar, en donde se prevén organismos administrativos que cooperan durante los procesos jurisdiccionales en aras a lograr o llevar a la práctica las posibles soluciones consensuadas (Puntos de Encuentro Familiar, Coordinadores de Parentalidad, Servicios Públicos de Mediación Social y Familiar, Servicios de Justicia restaurativa, etc.)—. Ello es debido a que las Comunidades Autónomas perciben la mediación como una valiosa herramienta para la pacificación de la conflictividad familiar y la evitación de conflictos más graves que terminen judicializándose, mientras que el Estado observa la mediación como un nuevo método de ahorro de costes en la Justicia, al igual que la informatización de las oficinas judiciales o el empleo de la videoconferencia para minorar los gastos de los desplazamientos de peritos y testigos. De ahí que la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 2012, que se enmarcó igualmente dentro de ese paquete de medidas legislativas que trataban de reducir el número de procesos incoados ante los tribunales, no haya dado los frutos esperados.

La principal crítica vertida por la doctrina a esta idea de fijar un intento de solución extrajudicial como requisito para la admisión a trámite de la demanda se basa en

---

42. Ortiz Pradillo, J. C. (2016) ESTUDIO SISTEMÁTICO… op. cit., p. 43. La expresa alusión a una Justicia ágil, eficaz, o moderna se citaba, por ejemplo, en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial; en la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía; en la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado; en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia; o en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

que supondría reinstaurar un sistema muy similar a la conciliación previa a la demanda que se establecía en el art. 460 de la LEC 1881[43] y que no ofreció resultados positivos. Y no les falta razón a dicho sector crítico; más que incentivar la búsqueda de una solución consensuada y evitar acudir a los Tribunales de Justicia, la propuesta española parece buscar que las partes acrediten un *intento fallido de solución ADR* para, entonces sí, poder acceder al sistema judicial. Es decir, no se incentiva tratar de conseguir el acuerdo, sino acreditar la persistencia en el desacuerdo.

La expresión «antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia», recogida en el citado Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal, verbaliza exactamente esta crítica que estamos advirtiendo: al convertir la justificación de haber intentado alguno de los métodos ADR como una condición *sine qua non* para el acceso a la vía jurisdiccional, los esfuerzos de las partes seguirán centrándose en el objetivo final (acceso a los tribunales) en vez de dirigirse hacia la consecución de una solución a su controversia.

No obstante, de la propuesta legislativa del año 2022 se puede extraer el siguiente aspecto positivo: al exigir al demandante describir «el proceso de negociación previo llevado a cabo» (proyectado artículo 399.3 LEC) —eso sí, dentro de los límites marcados por el principio de confidencialidad que caracteriza a los distintos métodos ADR— y no únicamente adjuntar los documentos que justifiquen haber acudido o intentado iniciar dicho método, se facilitará que el órgano judicial pueda tener un mejor conocimiento del concreto método ADR intentado, cómo se invitó a participar a la parte contraria, o quién dejó de asistir.

Lo consideramos positivo porque si se logra implantar una práctica forense consistente en requerir, por una parte, y justificar adecuadamente, desde la otra, no sólo el haber intentado una solución extrajudicial, sino el verdadero esfuerzo realizado por tratar de reducir los extremos controvertidos y alcanzar un acuerdo previo al proceso, el concreto método ADR seleccionado y el devenir fáctico del mismo, se aproximaría a lo pretendido por las Reglas Modelo Europeas de Derecho Procesal Civil: que los abogados de las partes asuman como un deber preprocesal la bús-

---

43. Informe el informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 19 de mayo de 2010, pág. 96 y ss. También De la Oliva Santos, A. (2011) «Mediación y Justicia: síntomas patológicos», *Otrosí*, núm. 8, octubre-diciembre 2011, p. 10, advertía que «no se ha registrado cambio alguno en la cultura jurídica española que permita suponer que la obligatoriedad de la mediación proyectada en asuntos civiles será ahora efectiva cuando antes la conciliación resultó un mero estorbo» y Banacloche Palao (2021, op. cit) también señala que dicha exigencia «recuerda demasiado a la obligación de intentar la conciliación que se requería, para ese mismo fin, en la LEC de 1881». Algunas voces han ido más allá, como Martín Diz, F. (2010) *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid: CGPJ, p. 73, para quien sería inaceptable y de nulo valor jurídico las disposiciones legales, las cláusulas compromisorias e incluso las resoluciones judiciales que impongan la mediación obligatoria como requisito previo e imprescindible antes de proceder en vía jurisdiccional.

queda de una solución temprana y previa al conflicto (Rules 9 y 51) y cooperen de buena fe en la selección del mecanismo ADR más adecuado en función de las circunstancias y características de las partes y de su controversia.

Con ello, además, se facilitaría igualmente la labor de los tribunales de Justicia —no sólo del juez—, al tener un mejor conocimiento del método ADR intentado, a la hora de adecuar la continuación de la vía jurisdiccional a las verdaderas necesidades de las partes. Sin duda, no debe considerarse innecesario o superfluo que, a lo largo de la tramitación procesal de la causa, se prevean posteriores invitaciones o derivaciones intrajudiciales «a mediación» —entiéndase, a cualquier método ADR—; a medida que avanza el proceso, las partes y el tribunal cuentan con una mayor información sobre los hechos (y sobre las posibles pruebas a emplear para su acreditación o las dificultades a la hora de constatar determinados extremos fácticos), que les permitirán estar en mejores condiciones a la hora de proponer o aceptar acudir a instrumentos alternativos para la consecución de un acuerdo.

Por ello, la constatación de un intento fallido de acuerdo previo al proceso no debe impedir que a lo largo del mismo se prevea legalmente la posibilidad de volver a informar a las partes sobre la conveniencia de «recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación» (actual art. 414.1.II LEC), o a «que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa» (actual art. 414.1.IV LEC).

No obstante, y vistos los términos en los que se plantea tener por cumplido dicho trámite preprocesal, mucho nos tememos que el resultado no será tan positivo como desearíamos. El segundo inciso del Artículo 4.1 del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal señala que «Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras normas, pero que cumpla lo previsto en los capítulos I y II del título I de esta ley o en una ley sectorial. *Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes*, asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva de acuerdo con este Título» y el Artículo 13 reitera que dicho requisito de procedibilidad se entenderá cumplido por las partes «mediante la negociación directa o, en su caso, a través de sus abogados». ¿Acaso un intercambio de burofaxes no es ya considerable una «actividad negociadora[44]»?

---

44. En esta línea, el artículo 9.2 del citado Proyecto de Ley considera acreditado el intento de negociación, cuando la misma tuviera lugar directamente entre las partes, sin intervención de tercero, «mediante cualquier

Frente a la actual y proyectada concepción de la legislación española de que sea el órgano judicial (LAJ o juez) quien justifique en su resolución o acto de comunicación la conveniencia de acudir a un sistema ADR a la luz de las circunstancias concretas del caso, debería procederse a efectuar un cambio de paradigma y hacer recaer en las partes el deber de justificar motivadamente el concreto método ADR escogido, por qué no se ha podido alcanzar una solución consensuada y cuáles son los elementos fácticos y jurídicos donde persiste la controversia. En este sentido, valoramos positivamente que los tribunales puedan valorar las circunstancias por las que una parte rehusó participar en dicho método ADR o rechazó la propuesta vertida dentro del mismo, a la hora de pronunciarse sobre las costas procesales y moderar su cuantía (proyectados artículos 245, 394.1 y 394.2 LEC), pero ello acontece al final del proceso, cuando la inversión de tiempo, recursos materiales y personales por parte de la Administración de Justicia ya se ha producido. Si el objetivo de impulsar los mecanismos ADR es garantizar una Justicia ágil y eficaz, a la par que descargarla de trabajo, el verdadero examen judicial acerca de la utilización de sistemas extrajudiciales de solución de conflictos debería tener lugar en las primeras etapas del proceso.

Por ello, no encontramos sentido a que se amplíe el catálogo de «métodos adecuados de solución de conflictos», por una parte, pero se mantenga la invitación en la audiencia previa a que las partes intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, *en su caso a través de un procedimiento de mediación*. Cada uno de los MASC indicados tienen unas características propias que, además de diferenciarles de los otros métodos extrajudiciales, facilitan que las partes y el órgano judicial pudieran anticipar (por ej., con motivo de la admisión a trámite de la demanda) la delimitación de dónde radican las controversias fácticas y jurídicas, y qué instrumento —«procesal», como una conciliación previa ante el LAJ o una audiencia preliminar ante el juez, o «extraprocesal», como una propuesta económica formulada por un tercero neutral— puede resultar más eficaz y ágil para solventar el asunto.

2.3.5. La derivación intrajudicial a los métodos ADR

La segunda de las propuestas formuladas en España para impulsar los métodos ADR también sigue las directrices europeas y consiste en incorporar a la legislación procesal la facultad del órgano judicial de poder derivar a las partes a un ADR una vez el conflicto ya se encuentre *lite pendente.*

En nuestra opinión, no obstante, no basta con impulsar normativamente la derivación judicial (desde la Administración de Justicia) a mecanismos extrajudiciales

---

documento firmado por ambas partes en el que se deje constancia de la identidad de las mismas, la fecha, el objeto de la controversia, y la determinación de la parte o partes que formularon propuestas iniciales».

(fuera de la Administración de Justicia) y esperar a que las partes «vuelvan» al proceso con una respuesta; los mecanismos ADR deben incorporarse a la Administración de Justicia como una herramienta más a emplear por los profesionales jurídicos (*Court-connected ADR programs*), también durante la tramitación procesal de la controversia, de manera que, sin perjuicio de que puedan emplearse con carácter preliminar a la judicialización de aquélla, también puedan ser utilizados por parte de los tribunales de justicia para aprovechar sus ventajas y agilizar la posibilidad de alcanzar una solución consensual (*in-Court-settlement*).

La configuración de un *Sistema de Justicia integral* compuesta por instrumentos judiciales y extrajudiciales no es novedosa. La noción «*Multi-door Courthouse*» planteada por Sander en 1976 sigue plenamente de actualidad y es un recurso comúnmente mencionado por la doctrina a la hora de referirse al ideal de una Justicia que sepa servirse de los métodos ADR también en el seno jurisdiccional, como una opción o herramienta más, a la hora de dispensar una tutela judicial efectiva. Lo que tratamos de explicitar, cuando nos referimos a que los tribunales de justicia deben poder servirse de los métodos ADR para facilitar la resolución de los asuntos dentro del sistema de justicia civil (*in Court*), es que, en palabras de Andrews, la justicia civil puede ser vista como una molécula de ADN, compuesta por la unión de dos cadenas entrelazadas, en donde una de esas cadenas se correspondería con el proceso jurisdiccional ante los tribunales y la otra cadena estaría formada por los distintos sistemas ADR; ambas cadenas conforman el ADN, y de la misma manera, ambas cadenas conformarían el sistema de justicia civil: una «justicia de doble hélice[45]». Y aún más; los tribunales de justicia deben disponer de preceptos procesales que les permitan incorporar herramientas basadas en el diálogo, la negociación, la detección temprana de los puntos controvertidos, o la concreción y deslinde de los puntos en que haya acuerdo y desacuerdo, también en el seno del proceso jurisdiccional.

Por todo ello, aun cuando se haya acreditado un intento fallido de solución consensuada con anterioridad y se haya accedido a la Administración de Justicia, consideramos muy conveniente que dicha derivación, a la luz de las circunstancias concretas del asunto, se caracterice por:

a) resultar imperativa cuando así lo decida el órgano judicial, en cuanto al deber de las partes de acudir al procedimiento ADR indicado y justificar por qué rehúsan participar en él, por cuanto el tribunal considere que existen elementos suficientes para intentar una solución consensuada,

---

45. Andrews, N. (2013) Justicia civil inglesa. Proceso y otras formas de resolución de controversias. Bogotá: Editorial Temis, p. 249. Se hace eco de esta idea y la desarrolla VARGAS PAVEZ, M. (2018) «La justicia civil de doble hélice. Hacia un sistema integral de resolución de conflictos en sede civil», *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº31, diciembre 2018, p. 202.

b) anticiparse a los inicios del proceso y permitir al órgano judicial indicar y justificar el específico instrumento ADR que sería conveniente u oportuno, salvo mejor criterio —motivado— de las partes,
c) permitir a los tribunales de justicia gestionar, durante la tramitación judicial de la causa, los tiempos y plazos de dicha derivación a ADR, así como obligar a las partes a que justifiquen en el proceso jurisdiccional el porqué de la solución alcanzada/inalcanzada.

a) Derivación intrajudicial imperativa a instrumentos ADR

El matiz de que la facultad judicial permita «derivar imperativamente» no es baladí, pues la proyectada «derivación intrajudicial a métodos ADR» no se prevé como un requerimiento judicial que las partes deban cumplir en todo caso, aunque sí generará una importante vinculación «indirecta» a las mismas, desde la perspectiva económica, a través de la imposición de consecuencias negativas en materia de pronunciamiento sobre las costas procesales, tasación y modulación de las mismas, y posibles multas procesales.

El actual artículo 414.1.II LEC permite al LAJ, a la hora de convocar a las partes a la audiencia previa, informarles sobre «la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación», y en términos similares, y ya durante la celebración de la misma, el apartado IV del citado artículo prevé que «En atención al objeto del proceso, el tribunal *podrá invitar* a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa».

Aunque el espíritu de la reforma sea impulsar dicha derivación y el apartado 4º del artículo 4 del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal de 2022, diga, en términos generales, que *La iniciativa de acudir a los medios adecuados de solución de controversias puede proceder de una de las partes, de ambas de común acuerdo o bien de una decisión judicial o del letrado o la letrada de la Administración de Justicia de derivación de las partes a este tipo de medios*, lo cierto es que, en los términos en los que se pretende reformar la legislación procesal, esa derivación no resulta vinculante para las partes, al menos directamente.

Con respecto al LAJ, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal de 2020 sí que disponía, en el inicial tenor del art. 414.1 LEC, que en la convocatoria a la audiencia previa, el LAJ «podrá citar a comparecencia a las partes en el plazo de diez días, siempre que considere que el asunto es susceptible de conciliación y que compruebe que no está comprendido en ninguno de los supuestos del artículo 139.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria». Es decir, y frente a la actual conciliación prevista en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que siempre debe ser llevada a cabo a instancia de parte (art. 141 LJV), se pretendía

facultar al LAJ para *citar a comparecencia*. Sin embargo, la actual propuesta de redacción del artículo 414 LEC en el Proyecto de Ley 2022 no prevé ya dicha citación y se mantiene el tenor literal vigente, según el cual el tribunal *podrá invitar* a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, *instándolas a que asistan a una sesión informativa*. La posible derivación a ADR por parte del LAJ se recoge ahora en el proyectado artículo 19.5 LEC en los siguientes términos: «En cualquier momento del procedimiento que resulte comprendido entre la contestación a la demanda y la celebración de la vista o juicio en los procesos declarativos o tras la orden general de ejecución y despacho de esta en los procesos de ejecución forzosa, el letrado o la letrada de la Administración de Justicia podrá plantear a las partes la posibilidad de derivar el litigio a mediación o a otro medio adecuado de solución de controversias, siempre que considere, mediante resolución motivada, que concurren circunstancias que posibilitan una solución del conflicto en dicho ámbito. La derivación requerirá la conformidad de las partes, que podrán pedir conjuntamente la suspensión del procedimiento». Al requerir la conformidad de las partes, decae su carácter imperativo.

En el caso del órgano judicial, y además de la referida invitación que pueda efectuar conforme al artículo 414 LEC durante la audiencia previa, se prevé reformar el art. 429.2 LEC para que *pueda plantear* a las partes la posibilidad de derivación del litigio a un medio adecuado de solución de controversias —que deberá desarrollarse durante el tiempo que media entre la finalización de la audiencia previa y la fecha señalada para el juicio—, siempre que considere fundadamente que es posible un acuerdo entre las partes», pero incluye la siguiente advertencia: «Si todas las partes manifestaran su conformidad con la derivación, se acordará mediante providencia que podrá dictarse oralmente». Es decir, requerirá que las partes acepten voluntariamente acudir al método ADR propuesto. De hecho, la proyectada reforma de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles también prevé incorporar una nueva letra d) al artículo 16, conforme a la cual el procedimiento de mediación podría iniciarse «Por derivación judicial o del letrado o la letrada de la Administración de Justicia, *previa conformidad de las partes* en los términos previstos en las leyes procesales».

Sorprendentemente, la única previsión legal en donde sí se dispone una derivación obligatoria a mediación es la Ley 7/2015 del Parlamento Vasco, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores[46], cuyo artículo 6.2 dispone lo siguiente:

---

46. BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015. En el mismo sentido, el vigente artículo 233-6 del Código Civil de Cataluña (reformado a través de la Ley 9/2020, de 31 de julio) indica en su epígrafe 3º que «Una vez iniciado el proceso judicial, la autoridad judicial, a iniciativa propia o a petición de una de las partes o de los abogados o de otros profesionales, puede derivar a las partes a una sesión previa sobre mediación, de carácter obligato-

> *Una vez iniciado el proceso, el juez, a iniciativa propia o a petición de una de las partes, y a los efectos de facilitar un acuerdo entre estas,* ***podrá derivarlas con carácter obligatorio*** *a una sesión informativa de mediación intrajudicial a fin de que sean informadas sobre dichas medidas, su funcionamiento y beneficios. En dicha sesión las partes podrán comunicar al mediador o mediadora su decisión de continuar o no el proceso de mediación.*

¿Hasta qué punto puede una norma autonómica establecer una regla procesal que habilita a un órgano judicial a poder derivar «con carácter obligatorio» a una sesión informativa de mediación intrajudicial? Una cosa es que las CC.AA. puedan establecer la obligatoriedad de acudir a métodos ADR con carácter previo a la interposición de la demanda en materias de consumo, porque ello pueda incluirse dentro de la previsión referida a «las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» y el Derecho de consumo es materia legislativa propia de las CC.AA[47], y otra muy distinta es que en virtud de esas especialidades derivadas del Derecho Civil foral o especial se dispongan preceptos procesales dirigidos al órgano judicial[48].

Lejos de defender la posible inconstitucionalidad de dicho precepto, abogamos por su incorporación expresa a la LEC. En materia de familia, la indisponibilidad sobre el objeto del proceso no está reñida con la búsqueda de soluciones consensuales a través de instrumentos basados en la negociación y el diálogo, de modo que la derivación judicial a mediación o cualquier otro método ADR que resulte adecuado en función del objeto del proceso debería preverse procesalmente desde los primeros instantes tras la admisión a trámite de la demanda.

Por un lado, y al igual que el artículo 777.3 LEC prevé una comparecencia para que los cónyuges ratifiquen su acuerdo, cabría incorporar al artículo 770 LEC la previsión de una comparecencia temprana para informar a las partes, o en su caso, derivarlas directamente a una sesión de mediación. Por otro lado, y m*ás allá de que las partes puedan, en cualquier momento,* solicitar la suspensión del proceso para acudir a mediación (arts. 770.7ª y 19.4 LEC), debe preverse la facultad del órgano judicial de ordenar, en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, el acudir a un específico mecanismo ADR.

---

rio, para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación, con el fin de que puedan alcanzar un acuerdo (...)».

47. Gimeno Sendra, V. (2010) «Competencias autonómicas en la regulación del proceso en defensa de los derechos estatutarios», Revista de Derecho Político, núm. 79, septiembre-diciembre, p. 22. Véase, también, Juan Sánchez, R. (2013) «Legislación Procesal y Comunidades Autónomas», *Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional*, núm. 32, p. 146 y Pérez Daudí, V. (2015) «Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios», *Diario La Ley*, núm. 8541, de 18 de mayo de 2015.

48. Pinto Andrade, C. (2015) La dudosa constitucionalidad de la Ley Vasca 7/2015 de custodia compartida. Comentario publicado el 23 de diciembre de 2015 en el blog https://www.hayderecho.com/2015/12/23/la-dudosa-constitucionalidad-de-la-ley-vasca-72015-de-custodia-compartida/.

Por lo tanto, podría incorporarse una disposición general a los procesos recogidos en el Título I del Libro IV (procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores), bien en el artículo 751 (a la hora de permitir reglas especiales a la indisponibilidad del objeto del proceso), bien en el artículo 753 (al regular la tramitación de tales procesos) con un párrafo similar a lo establecido en el apartado 12 del artículo 778 quinquies LEC. Por ello, proponemos la adición de un apartado 4 al artículo 751 LEC que establezca lo siguiente:

> *En los procesos a los que se refiere este título, el juez podrá, en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer la utilización de otros métodos adecuados de solución del conflicto si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo total o parcial sobre lo que constituye el objeto del proceso.*

Un proceso civil caracterizado con importantes facultades en manos del órgano judicial a la hora de examinar de oficio determinados elementos, acomodar la tramitación de la causa a la complejidad de la misma o a determinadas circunstancias específicas de las partes, también debería permitir que los tribunales de Justicia, una vez cuenten con una visión panorámica de la controversia (por ej., por el propio órgano judicial competente para la causa, en la audiencia previa, o por el servicio procesal MASC, en una audiencia *ad hoc* fijada tras la recepción de la demanda), pueda ordenar a las partes que acudan al sistema MASC cuyas características mejor puedan servir para una posible solución consensual de la controversia (*court-promoted ADR*).

b) Anticipación del momento procesal de derivación y selección del específico instrumento ADR: la creación de Secciones MASC en los Tribunales de Instancia, Servicios comunes procesales MASC, u otros órganos con funciones MASC.

Al igual que las relaciones sociales, económicas y jurídicas han cambiado en nuestra Sociedad, el modo de afrontar la resolución de las controversias surgidas con ocasión de estas nuevas formas de contratar y relacionarnos también debe ser objeto de reflexión. Un alto porcentaje de los asuntos incoados año tras año en la jurisdicción civil se refieren a reclamaciones de cantidad entre particulares, desahucios o reclamaciones de consumidores en diversos ámbitos —bancario, comercial, etc—. El instrumento ADR más eficaz para tratar de alcanzar una solución consensuada en cada una de dichas materias no tiene por qué ser el mismo —mediación—; ni el momento de su utilización; ni el órgano encargado de valorar la conveniencia de su derivación y empleo.

La incorporación de los diferentes mecanismos ADR al sistema de Justicia civil en España, en los términos aquí defendidos, no tiene por qué significar que los mismos sean desarrollados por personal perteneciente a la Administración de Justicia,

pero sí que los tribunales de justicia puedan servirse de instrumentos extrajudiciales a la hora de indicar a las partes cómo comportarse cooperativamente una vez se ha judicializado la controversia. Y a la hora de facilitar una gestión eficiente de los asuntos que acceden a la jurisdicción cada año, así como una ágil comunicación entre los tribunales de justicia competentes para el conocimiento y resolución del asunto y las entidades o sujetos que desarrollen tales procedimientos extrajudiciales, consideramos que, al igual que en los sistemas *multi-door*, en España sería perfectamente factible la configuración de un órgano, servicio o equipo en el seno de la Administración de Justicia que lleve a cabo, en una etapa temprana del proceso, un diagnóstico o «triaje» (*intake and referral*) que permita analizar las circunstancias del caso y delimitar qué *puerta* o *sala* resulta más apropiada para dispensar a los ciudadanos una justicia ágil y eficaz.

Hasta ahora, esa etapa en la que los tribunales pueden recomendar o invitar a las partes a acudir a mediación u otro sistema ADR se ha residenciado legalmente en la audiencia previa o vista. El Proyecto de Ley de 2022 aspira a anticipar ese diagnóstico proclive a la utilización de métodos ADR a «cualquier momento del procedimiento que resulte comprendido entre la contestación a la demanda y la celebración de la vista o juicio en los procesos declarativos o tras la orden general de ejecución y despacho de esta en los procesos de ejecución forzosa» para que el LAJ pueda plantear a las partes la posibilidad de derivar el litigio a mediación o a otro medio adecuado de solución de controversias (proyectado artículo 19.5 LEC), así como también al inicio de la audiencia previa (proyectados artículos 414 y 415.II LEC), e incluso a la finalización de la misma, una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles (proyectado artículo 429.2 LEC).

No obstante, y a semejanza de lo propuesto en la Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil y en las Reglas Modelo Europeas, la facultad judicial de poder proponer a las partes el acudir a un mecanismo ADR debe poder tener lugar «en cualquier fase del proceso».

Pensemos, por un momento, que una de las partes solicita y obtiene una diligencia preliminar o una medida de anticipación o aseguramiento de la prueba. En función de lo que constituya el objeto de la controversia, el recurrir seguidamente, y tras la práctica de tales actuaciones, a ciertos mecanismos ADR (por ej., la invitación a las partes a que valoren la conveniencia de obtener la opinión confidencial de un experto independiente y, sobre la misma, ofrecer y aceptar ofertas vinculantes igualmente confidenciales) podría agilizar la finalización del litigio a través de soluciones consensuadas que serían homologadas judicialmente.

De ahí que, si en materia de familia defendíamos un específico apartado 4 en el artículo 751 que permita al juez en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer la utilización de otros métodos adecuados de

solución del conflicto, también consideramos que resultaría acertada una medida de agilización del proceso civil consistente en adicionar un segundo inciso al artículo 19.2 LEC, dentro del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones, que dijera lo siguiente:

> *2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin. En atención al objeto del proceso, el tribunal también podrá, en cualquier momento, de oficio o a solicitud de una de las partes, invitar a las partes a utilizar otros métodos adecuados de solución del conflicto si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo total o parcial sobre el objeto de la controversia.*

Incluso resulta posible anticipar aún más el examen de la controversia para determinar si resulta conveniente la derivación jurisdiccional a ADR. El actual artículo 438.3 LOPJ, desde su redacción dada por la L.O. 7/2015, permite al Ministerio de Justicia y a las Comunidades Autónomas crear y organizar un servicio común procesal con funciones de «mediación[49]», de modo que sería procesalmente viable que se organizara un equipo de profesionales, formados en sistemas ADR, en el seno de dicho servicio común que, con motivo de la recepción de los escritos procesales, pudieran informar y asesorar a las partes, sobre los diversos sistemas ADR existentes, pero también proponer al órgano judicial (LAJ o juez) la conveniencia de una inicial comparecencia con las partes para resolver si procede o no acordar la oportuna derivación judicial a dichos sistemas, así como también qué método ADR pudiera resultar el más conveniente (mediación, conciliación, determinación por tercero neutral, etc.) en virtud de la materia del asunto (pequeñas reclamaciones de cantidad, consumo, familia, propiedad horizontal,…) y sus circunstancias[50].

---

49. El artículo 5 de la Orden JUS/1721/2014, de 18 de septiembre, por la que se amplía la Oficina Judicial de Murcia (BOE núm. 233, de 25 de septiembre de 2014) creó la «Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia» (UMIM), dentro del Servicio Común Procesal de Ordenación del Procedimiento, como unidad que centralizaría la actividad de mediación correspondiente a todas las jurisdicciones, y entre cuyas funciones estaban las de «Elaborar las propuestas de protocolos de derivación intraprocesal a mediación, su revisión, ampliación o actualización en su caso, conforme a los protocolos de mediación intrajudicial que establezca el Consejo General del Poder Judicial», «asumir las funciones de impulso procesal, calificando demandas y asuntos susceptibles de derivación a mediación intraprocesal y dictando, en su caso, las resoluciones que procedan» o «colaborar con la jefatura de la sección y con los mediadores en la completa elaboración de cuantas actas, minutas de sesión y demás documentación requeridas en las sesiones de mediación».

50. el estudio *The Relationship between Formal and Informal Justice…*, op. cit., p. 9, propone que los tribunales de justicia valoren, a la hora de remitir a las partes a un concreto mecanismo ADR, factores tales como la naturaleza de la controversia; las características de las partes; la complejidad del objeto; el historial procesal y la relación anterior entre las partes; la edad y capacidad legal de las mismas; su familiaridad con el sistema legal; o el posible desequilibrio de poder e información entre aquellas.

Otra opción pasaría por la creación de órganos mixtos dependientes del Ministerio de Justicia o de la correspondiente Comunidad Autónoma, a imagen de las actuales Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, y que en coordinación con los servicios de orientación jurídica y con los profesionales, administraciones e instituciones MASC, llevaran a cabo ese *triaje* de derivación. Pero vemos como, *lege ferenda*, la Disposición Adicional cuarta del Proyecto de Ley de 2022 prevé que el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas constituirán, en la forma que consideren adecuada, los *servicios de medios adecuados de solución de controversias* —el Anteproyecto, por su parte, aludía a la creación de «Unidades de métodos adecuados de solución de controversias» en el ámbito de cada Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial o Decanato, según el número de unidades judiciales que lo integren—, con las siguientes funciones:

a) Proporcionar a la ciudadanía y a los profesionales información sobre los medios adecuados de solución de controversias, naturaleza, contenido, efectos de su utilización y recursos existentes.
b) Administrar dichos recursos.
c) Gestionar y controlar el registro de profesionales de medios adecuados de solución de controversias para ese territorio, en coordinación con los restantes registros existentes.
d) Poner a disposición de todas las personas interesadas los datos de los terceros neutrales que reúnan los requisitos que se determinen legalmente.
e) Informar a los órganos judiciales sobre estos métodos y prestar el apoyo necesario a la derivación judicial.
f) Llevar a cabo el control, seguimiento y estadística del desarrollo de este servicio.
g) Coordinar la actuación de todos los colectivos profesionales, administraciones e instituciones implicados en su desenvolvimiento.
h) Desarrollar cuantas labores sean necesarias para la implantación y utilización de estos métodos en el servicio público de Justicia.

Como vemos, la senda elegida intenta aproximar nuestra Administración de Justicia, aunque incipientemente, a ese modelo de «Administración de Justicia multisala». Y puestos a soñar despiertos, la hipotética implantación en nuestro país de los Tribunales de Instancia, con Secciones propias en Civil, Mercantil, Familia, e incluso Secciones especializadas para la ejecución de las resoluciones judiciales, permitiría la creación de una Sección MASC (con su juez o jueza formados en técnicas y procedimientos ADR, su unidad procesal y su servicio común procesal correspondientes) encargada de gestionar inicialmente las derivaciones a ADR de aquellos asuntos en los que se considere que pueda anticiparse una solución ágil de la controversia, y en caso contrario, su remisión a la correspondiente Sección del orden jurisdiccional competente.

c) Gestión judicial de la duración y del desarrollo del método ADR empleado

La derivación intrajudicial a cualquier método ADR no puede limitarse a invitar a las partes a acudir a un método extrajudicial (*out of Court*) de solución de conflictos. El modelo de Justicia civil aquí propuesta, consistente en incorporar los métodos ADR a la Administración de Justicia, pasa por considerar los mecanismos ADR como herramientas a disposición del proceso civil (*Court-connected ADR programs*).

Una gestión activa del proceso civil pasa también por una implicación de los tribunales de justicia, no sólo en saber si las partes aceptan acudir o no a dichos sistemas extrajudiciales, sino también en conocer los avances en cuanto a la reducción de los aspectos controvertidos, la consecución o no de un acuerdo, así como de los problemas u obstáculos que pudieran surgir con motivo de la tramitación del método seleccionado, dónde encallan las posiciones de las partes o qué avances permiten la adopción de acuerdos parciales. No se trata de que el tribunal deba conocer el contenido de lo negociado, por supuesto, pero sí resultaría más eficiente si al tribunal (o a ese servicio MASC integrado en la Oficina judicial) se le informa oportunamente que, con motivo de una de las sesiones de mediación, las partes aceptan la emisión de un informe por un tercero neutral, por ejemplo.

Por ello, resultaría muy positivo que no se acordara en ningún caso la suspensión del proceso civil y que el tribunal, de acuerdo con las partes, pudiera establecer un «calendario procesal» (en los términos propuestos en la Rule 49 ERCP) para que éstas le informen, incluso personalmente a través de las oportunas audiencias, de los avances logrados en el seno de dicho mecanismo ADR, a los fines de poder anticipar la posibilidad de excluir determinados elementos fácticos o jurídicos de la controversia —sobre los que ya haya acuerdo—, resolver déficits procesales de capacidad de las partes con anterioridad a la audiencia previa o centrar el objeto de la prueba en lo verdaderamente litigioso.

Desde el momento en que el órgano judicial que se encuentra conociendo de una controversia decide impulsar la utilización de un concreto método ADR porque lo estima conveniente y fundadamente considera que puede arrojar elementos positivos para la resolución de la controversia, la duración de dicho método ADR afectará a la propia duración del proceso judicial, de modo que debe facilitarse legalmente que sea el órgano judicial el que disponga, de conformidad con las partes y con la persona o institución MASC correspondiente, un oportuno calendario de actividades para que las partes alcancen un acuerdo en el seno de dicho mecanismo extrajudicial o, por el contrario, lo den por finalizado ante la imposibilidad de avances significativos y se retomen las actuaciones procesales.

En este sentido, valoramos positivamente la propuesta de reformar el artículo 429.2 LEC para que el juez pueda instar a las partes a acudir a un medio adecuado de solución de controversias y que éste deba desarrollarse «durante el tiempo que media entre la finalización de la audiencia previa y la fecha señalada para el juicio», y que las partes puedan «manifestar la conveniencia de prorrogar dicho plazo —en realidad, y más que solicitar una prórroga, deberían solicitar una nueva fecha para el juicio, si las negociaciones avanzaran— por un tiempo determinado que deberán especificar». Lo valoramos positivamente porque ahonda en la dirección de fomentar el *case-management* y las facultades judiciales de implicarse activamente en ayudar a las partes en la consecución de un acuerdo transaccional (artículo 9 de la Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea de 2017 y Rules 9 y 49 ERCP) y acomodar la tramitación procesal de la causa a sus circunstancias fácticas y personales.

Pero valoramos negativamente que se disponga taxativamente que «si quince días antes de llegar dicho término todas las partes manifestaran la conveniencia de prorrogar dicho plazo *por una sola vez y por un tiempo determinado* que deberán especificar, el letrado o la letrada de Administración de Justicia fijará nueva fecha para la celebración del juicio» (último inciso del proyectado artículo 429.2 LEC). Sería más eficiente que fuera el órgano judicial, junto con las partes y la entidad MASC, quienes adecúen con cierta flexibilidad las actuaciones procesales en función de los avances advertidos en la negociación extraprocesal.

Una cosa es disponer legalmente una duración máxima de un sistema ADR cuando el mismo tiene lugar con carácter preprocesal, extrajudicial y, en su caso, como requisito para la admisibilidad de la demanda judicial[51], y otra distinta es que legalmente se fijen plazos tasados e improrrogables a dicha actividad ADR, una vez la causa ya está judicializada. De ahí que deba traerse a colación lo recogido en el artículo 18.3 de la Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón, que estimamos podría servir de referencia para la reforma procesal civil: «En el supuesto de iniciación por la

51. Así, por ejemplo, el artículo 8 de la Directiva RAL 2013 (y el correlativo artículo 20 de la Ley española 7/2017) fijan una duración máxima, aunque prorrogable, de noventa días naturales. Y en la misma línea, muchas de las leyes autonómicas sobre mediación familiar disponen concretos plazos de duración a tales procedimientos (sobre ello, vid. ORTIZ PRADILLO, J. C. (2016) ESTUDIO SISTEMÁTICO… op. cit., p. 54 y ss). En esta línea, el proyectado artículo 20.2 de la Ley 5/2012 retoma la idea de fijar un plazo máximo de tres meses desde la recepción de la solicitud por el mediador, en los casos en que se opte por el intento de mediación como requisito de procedibilidad, algo que ya fue en su momento cuestionado en el Informe del CGPJ de 13 de mayo de 2010 al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (p. 58) porque «con ser plausible la finalidad perseguida por esta norma [fijar la duración del procedimiento, si se quiere configurar la mediación como un método alternativo de resolución de controversias, procurando que éste sea breve y que las actuaciones se concentren en el menor número posible de sesiones], cabe dudar si no sería más acorde con los principios de voluntariedad y autoorganización el no señalamiento legal de un tope máximo de duración del procedimiento, dejando que sean las partes en función de la complejidad del conflicto las que fijen en el acta inicial el plazo de duración del procedimiento».

Autoridad Judicial, la duración no podrá exceder del plazo de suspensión del procedimiento acordado judicialmente o previsto en la legislación procesal[52]».

Por tanto, cuando las partes procesales comuniquen al tribunal su voluntad de intentar una solución extrajudicial o cuando aquél las derive a un concreto método ADR, no debería acordarse la suspensión del proceso civil en los términos establecidos en el artículo 19.4 LEC. Y subsidiariamente, debería reformarse dicho precepto para que la duración de la suspensión acordada por el LAJ pudiera acomodarse a la complejidad de la causa o a las circunstancias personales de las partes (v. gr., el carácter transfronterizo del litigio, la existencia de pluralidad de partes, el ejercicio de acciones colectivas). Condicionar la duración del instrumento ADR judicialmente seleccionado a un plazo cerrado —máximo 60 días— y sin atender a las circunstancias concretas del caso no resultará positivo ni eficiente. Primero, porque nada impediría a las partes, aunque no pudieran seguir los cauces institucionales previstos para tal fin, mantener negociaciones extrajudiciales e instar la homologación judicial de su acuerdo en un trámite procesal ulterior. Y segundo, porque aquéllas podrían volver a solicitar la suspensión temporal del proceso para continuar sus negociaciones extraprocesales. ¿Denegaría el órgano judicial esa segunda solicitud de suspensión del proceso, a sabiendas de la predisposición de las partes de intentar llegar a un acuerdo?

2.3.6. Las sanciones —«palos»— por no haber asistido o haber rechazado participar en un método ADR

El tercer y último mecanismo para tratar de impulsar los métodos ADR consiste en lo que hemos venido a denominar «incentivos en sentido negativo» —«palos»—, que tratan de imponer sanciones o consecuencias económicas negativas por el hecho de no haber asistido o haber rechazado sin motivo justificado el empleo de métodos ADR, y ello con la intención de persuadir «indirectamente» a las partes a que acudan a sistemas ADR con carácter previo al proceso o a que acepten la referida derivación procesal a dichos sistemas.

El Proyecto de Ley de 2022 introduce una modulación del régimen de las costas procesales, así como una nueva regulación referente a la imposición de posibles

52. En términos similares, el artículo 15 de la Ley 14/ 2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears (reformada en virtud de la Ley 13/2019, de 29 de marzo. BOE núm. 109, de 7 de mayo de 2019) diferencia en su artículo 15 según la mediación haya sido acordada por las partes o bien sea debida a la derivación judicial. En el primer caso, el apartado 1 dispone que «La duración del procedimiento de mediación familiar depende de la naturaleza y la conflictividad de las cuestiones a tratar, pero, en todo caso, se procurará concentrar las actuaciones y evitar dilaciones que alarguen indebidamente el procedimiento -la anterior versión establecía una duración inicial de hasta 3 meses, prorrogable *por el tiempo que el mediador o la mediadora considere necesario en relación con la expectativa de acuerdo existente*-» y el apartado 2 declara que «Cuando se trate de mediaciones que derive la administración de justicia, la duración del procedimiento no puede ser superior al plazo de suspensión del procedimiento judicial que establece el artículo 19.4, en relación con el artículo 770.7, de la Ley de enjuiciamiento civil».

multas por mala fe procesal y por «abuso del servicio público de Justicia» cuando las partes no hubieran asistido o hubieren rehusado a participar en un ADR.

En el caso de la parte vencedora, la ley prevé la posibilidad de que el órgano judicial no le conceda las costas cuando «hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en un medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado» (proyectado art. 394.1 LEC), e incluso, que se le pueda condenar al pago de las costas, en los casos de estimación parcial de la demanda, cuando «no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el juez, la jueza o el tribunal o el letrado de la Administración de Justicia durante el proceso».

En el caso de la parte vencida, se prevé la posibilidad de que el órgano judicial le exima de la condena en costas si fue la parte que requirió «iniciar una actividad negociadora previa tendente a evitar el proceso judicial y la parte contraria hubiese rehusado intervenir en la misma» (proyectado art. 394.4 LEC), así como también se le permite solicitar la moderación de aquella cuantía «cuando hubiera formulado —bien la parte condenada, bien el tercero neutral— una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta» (art. 245.5 LEC).

Consideramos acertado que se incorporen reglas especiales en materia de determinación y modulación de las costas procesales en función de cuál hubiera sido la conducta de los litigantes en un posible procedimiento extrajudicial de resolución de controversias previo al proceso o con motivo de su derivación judicial, pero el verdadero *quid* de la cuestión radicará en cómo sancionar procesalmente a la parte o sector que, de manera reiterada, imposibilita una solución extrajudicial y obliga a la parte contraria a tener que acudir a los tribunales de Justicia.

No en vano, la modulación de las costas procesales en atención a la «conducta preprocesal» de las partes ya fue ensayado en nuestro país con motivo del aluvión de demandas en materia de cláusulas suelo que colapsaron durante años nuestros tribunales de justicia. El Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de Medidas Urgentes de Protección de Consumidores en Materia de Cláusulas Suelo aspiraba a arbitrar, según se indicaba en su Exposición de Motivos, *un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades*, pero se incluyó un artículo específicamente dirigido a modular el régimen procesal de las costas procesales, según el cual, la entidad bancaria únicamente sería

condenada en costas si la posterior sentencia judicial concediese al consumidor una cantidad superior a la calculada previamente o consignada por dicha entidad.

En la práctica, dicho procedimiento extrajudicial de reclamación previa ante la propia entidad bancaria se convirtió, indirectamente, en una obligación para el consumidor reclamante si quería, llegado el momento, poder recuperar las costas procesales[53]. Y de los datos ofrecidos por el CGPJ[54] no se pueden extraer conclusiones que permitan indicar que dicho «cauce sencillo y ordenado» haya ayudado a reducir la litigiosidad ante la Administración de Justicia en materia de cláusulas bancarias abusivas o que se haya potenciado la consecución de acuerdos entre los ciudadanos y las entidades bancarias. Desde la puesta en marcha de los juzgados especializados en materia de cláusulas abusivas en junio de 2017, el porcentaje de asuntos resueltos con sentencia estimatoria a favor del cliente se sitúa en el 97,2% de las sentencias dictadas. Durante 2020, los juzgados especializados dictaron un total de 97.450 sentencias, y el número de ellas que fueron favorables al cliente ascendió a 95.449, lo que equivale al 97,9%.

Quizás fracaso sea el término que mejor defina el sistema ideado para que el cliente bancario tenga que reclamar internamente a su entidad, y ante la falta de respuesta o el ofrecimiento de una solución contraria a sus intereses, se vea obligado a acudir a la Administración de Justicia para que la misma falle a su favor en 98 de las 100 demandas planteadas.

3. Bibliografía

Andrews, N. (2013) Justicia civil inglesa. Proceso y otras formas de resolución de controversias. Bogotá: Editorial Temis.

Banacloche Palao, J. (2021). «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», Diario La Ley, Nº 9814, de 19 de marzo.

Caso Señal, M., «Mediación. Signo distintivo de Europa», La Ley, 31 de octubre de 2008, pp. 8 y ss.

53. Ese sistema de condena en costas procesales incorporado en el artículo 4 del citado RD-Ley 1/2017 llegó a ser tildado de «norma exorbitante» (por todas, vid. SSAP, Zaragoza, de 11 de junio de 2018, ECLI:ES:APZ:2018:1508, y de 23 de octubre de 2020, ECLI: ES:APZ:2020:1541) y fue declarado parcialmente inconstitucional y nulo (el apartado 2 del art. 4) en la STC 156/2021, de 16 de septiembre de 2021, por vulnerar los arts. 14, 24.1 y 51.1 CE, pues «favorece de manera notoria a quien impuso unilateralmente la cláusula abusiva y perjudica a quien sufrió tal imposición y debe reclamar lo indebidamente abonado para obtener su restitución, consecuencia que no solo se manifiesta carente de toda razonabilidad, sino que, además, supone una traba excesiva y desproporcionada para los consumidores».

54. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-pendencia-de-los-Juzgados-de-clausulas-abusivas-mantuvo-en-2020-la-tendencia-a-la-baja-pese-a-la-paralizacion-de-la-actividad-judicial-por-el-Covid-19

De la Oliva Santos, A. (2011) «Mediación y Justicia: síntomas patológicos», Otrosí, núm. 8, octubre-diciembre 2011.

Gascón Inchausti, F. (2021) «Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?», Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 277-297. DOI: https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5960.

Gimeno Sendra, V. (2010) «Competencias autonómicas en la regulación del proceso en defensa de los derechos estatutarios», Revista de Derecho Político, núm. 79, septiembre-diciembre 2010.

Gómez Amigo, L. (2013) «Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles», Revista General de Derecho Procesal, núm. 31.

Juan Sánchez, R. (2013) «Legislación Procesal y Comunidades Autónomas», Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional, núm. 32.

Martín Diz, F. (2010) La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia, Madrid: CGPJ.

Ortiz Pradillo, J. C. (2014) «Laudo arbitral y ejecución forzosa: algunos obstáculos que remover», en VV.AA., HACIA UNA GESTIÓN MODERNA Y EFICAZ DE LA EJECUCIÓN PROCESAL (director: Francisco Ramos Méndez), Barcelona: Atelier.

Ortiz Pradillo, J. C. (2016) ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR: PROPUESTAS DE ACTUALIZACIÓN Y MEJORA. Toledo: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha.

Ortiz Pradillo, J. C. (2021) «Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y su operatividad presente y futura», VV.AA. JUSTICIA Y TRANSNACIONALIDAD. TUTELA JUDICIAL Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (Dir. Jorge Argudo González, Coord. Lucía López de Castro García-Morato), Madrid: Iustel.

Ortiz Pradillo, J. C. (2022) Justicia Civil eficiente y M.A.S.C: Propuestas a partir de las Reglas Modelo europeas de Proceso Civil. Pendiente de publicación.

Ortuño Muñoz, P., Hernández García, J. (2007) Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal, ed. Fundación Alternativas, Madrid.

Ortuño Muñoz, P. (2021) «Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficiencia Procesal», LA LEY Mediación y Arbitraje, Nº7, abril-junio 2021

Peiteado Mariscal, P. (2018) «Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria». Estudios de Deusto, vol. 66, n.º 2, pp. 283-322. http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018.

Pérez Daudí, V. (2015) «Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios», Diario La Ley, núm. 8541, de 18 de mayo de 2015.

Pinto Andrade, C. (2015) La dudosa constitucionalidad de la Ley Vasca 7/2015 de custodia compartida. Comentario publicado el 23 de diciembre de 2015 en el blog https://www.hayderecho.com/2015/12/23/la-dudosa-constitucionalidad-de-la-ley-vasca-72015-de-custodia-compartida/.

Vargas Pavez, M. (2018) «La justicia civil de doble hélice. Hacia un sistema integral

de resolución de conflictos en sede civil», Revista Chilena de Derecho Privado, nº31, diciembre 2018.

Villamarín López, M. L. (2018) «Los estándares mínimos exigibles a los mecanismos alternativos de resolución de litigios de consumo», en Innovación tecnológica, mercado y protección de los consumidores (Coord. María Teresa Álvarez Moreno), Madrid: Reus, pp. 317-332.

Woolf, H. (1996) Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales. H.M. Stationery Office.

SEGUNDA PARTE

EL PROCESO CIVIL A TRAVÉS DE ACTUACIONES E INSTITUCIONES CONCRETAS

Capítulo 11 | El principio dispositivo y los poderes del juez en el proceso declarativo: la extensión de la actuación de oficio como cauce para la protección de los consumidores

*Marina Cedeño Hernán**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN LEAL Y LA AUTONOMÍA PROCESAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS. 3. LOS PILARES SOBRE LOS QUE SE ASIENTA EL REFUERZO DE LOS PODERES DE DIRECCIÓN DEL JUEZ EN MATERIA DE DERECHO DE CONSUMO. 3.1. El orden público comunitario. 3.2. El principio de efectividad y el derecho a la tutela judicial efectiva. 4. ALGUNAS MANIFESTACIONES DE LA AMPLIACIÓN DE LOS PODERES DEL JUEZ EN DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES EN EL PROCESO DECLARATIVO. 4.1. El control de oficio de cláusulas abusivas. 4.1.1. *De la facultad al deber judicial de apreciación de oficio de cláusulas abusivas.* 4.1.2. *La apreciación de oficio de cláusulas abusivas cuando el consumidor es el demandante.* 4.1.3. *El control de oficio de cláusulas abusivas en sede de recurso.* 4.1.4. *La falta de previsión en la LEC del deber de apreciación de oficio de cláusulas abusivas y el momento para llevar a cabo ese control en nuestro proceso civil.* 4.2. La prueba de oficio. 4.2.1. *Las facultades directivas del juez nacional en orden a la determinación de los hechos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.* 4.2.2. *El encaje de la iniciativa probatoria de oficio en el ordenamiento español.* 4.2.2.1. El principio de aportación de parte y la iniciativa probatoria de oficio. 4.2.2.2. ¿La facultad judicial del artículo 429.1 de la LEC colma las exigencias de la jurisprudencia europea? 4.2.2.3. ¿La posibilidad de acordar diligencias finales de oficio colma las exigencias de la jurisprudencia europea? 4.2.2.4. A modo de conclusión. 4.3. *La adopción de medidas cautelares de oficio*. 5. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

En los últimos años estamos asistiendo a un notable incremento en el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los tribunales nacionales relacionadas con la compatibilidad entre las normas procesales o sustantivas internas y la protección que el Derecho de la Unión Europea brinda a los consumidores. De este modo, las

* Profesora Titular de Derecho Procesal — Universidad Complutense de Madrid — Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional.

sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea están incidiendo de forma directa en la configuración de los sistemas procesales civiles de los Estados miembros y en los principios fundamentales en que éstos se inspiran.

Si centramos la atención en la situación española, podemos constatar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no solo ha obligado a los tribunales nacionales a modificar algunos de sus planteamientos y doctrinas anteriores sino que también ha empujado al legislador patrio a llevar a cabo reformas parciales en la legislación procesal cada vez que desde Luxemburgo se decidía que una norma procesal resulta incompatible con la protección que merecen los consumidores conforme al Derecho de la Unión. Esta forma de legislar al compás del Tribunal de Justicia y sin una reflexión profunda sobre lo que de verdad exige el Derecho de la Unión para una protección efectiva de los consumidores no parece el mejor camino para solucionar la situación.

La anterior conclusión se refuerza si se repara en que en alguna ocasión el planteamiento de la cuestión prejudicial va acompañado de interpretaciones erróneas o sesgadas de las normas procesales o se formula la pregunta al Tribunal de Justicia de manera que se está condicionando la respuesta y no se pretende otra cosa que conseguir la decisión anhelada por quien así suscita el problema interpretativo. Esta forma de actuar, consciente o inconsciente, constituye un factor distorsionador que debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar el impacto que la jurisprudencia del TJUE debe tener en el ordenamiento interno[1].

No cabe duda de que la tutela de los derechos de los consumidores constituye un ámbito especialmente sensible y puede requerir de instrumentos procesales en parte diferentes a los que se utilizan, con carácter general, en cualquier proceso civil. A este respecto resultan muy ilustrativas las palabras del maestro italiano Chiovenda cuando afirmaba que «todo ordenamiento jurídico debe presentar una clara correspondencia y una clara coordinación entre la ley sustancial y la ley procesal, en el sentido de que toda voluntad concreta de la ley cuya formación sea posible según una ley sustancial, debe encontrar en la ley procesal medios idóneos para la actuación»[2]. Por tanto, la protección de los consumidores no ha de verse obstaculizada por el proceso y si para lograr este fin resulta necesario introducir algunas especialidades en ese proceso, habrá que hacerlo, pero sin olvidar que el proceso es una compleja estructura y cualquier cambio ha de estar conectado con su arquitectura general si no queremos romper la coherencia del sistema procesal.

---

1. En este sentido, A. Martínez Santos, «Cuando Luxemburgo carga contra molinos de viento: algunas cautelas a la hora de recibir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia procesal civil», en *Revisión del sistema de Fuentes y su repercusión en el Derecho procesal*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 291.

2. G. Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (traducción de E. Gómez Orbaneja,), Madrid, 1936, pp. 49 y ss.

2. El principio de cooperación leal y la autonomía procesal de los Estados miembros

El Tratado de la Unión Europea consagra, en su artículo 4.3, el principio de cooperación leal que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión. Este es, conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el fundamento tanto de la primacía como de la eficacia directa y de la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión.

En íntima conexión con el principio de cooperación leal está la autonomía procesal de los Estados que reserva a los ordenamientos nacionales la delimitación de los cauces procesales adecuados para garantizar la tutela de los derechos que el Derecho de la Unión reconoce a los ciudadanos[3]. El Tribunal de Justicia suele definir la autonomía procesal con los siguientes términos: «conforme a reiterada jurisprudencia, a falta de normativa de la Unión en la materia, corresponde a cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, configurar la regulación del procedimiento destinado a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables»[4].

No puede negarse la heterogeneidad de las regulaciones procesales de los distintos Estados miembros. Los derechos que la legislación europea reconoce a los ciudadanos de la Unión han de ser objeto de una interpretación homogénea, pero para tutelarlos se someten a diferentes sistemas procesales. La razón se remontar a las antiguas Comunidades Europeas que, en su proceso de integración, centraron sus esfuerzos en crear una regulación sustantiva común de las políticas europeas para conseguir los objetivos marcados por los Tratados. Esta prioridad por legislar en clave sustantiva obligó a soslayar la dimensión procesal, pese a la asimetría en las legislaciones procesales internas. No cabía, pues, otra solución que per-

---

3. La autonomía procesal no se encuentra recogida en ninguna norma de los Tratados. La expresión autonomía procesal o procedimental sí aparece en la jurisprudencia en épocas no muy lejanas, aunque la doctrina ya se había referido a ese concepto con anterioridad. Parece que la primera ocasión se encuentra en la STJCE de 7 de enero de 2004, asunto *Delena Wells* (C-201/02). Resulta polémico determinar si nos encontramos propiamente ante un principio o ante una mera técnica de remisión normativa para aquellas cuestiones no reguladas en el ordenamiento europeo.
Sobre el tema, cfr. entre otros, X. Arzoz Santisteban, «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros de la Unión Europea: mito o realidad», en *Revista de Administraciones Públicas*, mayo-agosto, 2013, pp. 159 a 197; o M. BOBEK, «Why there is no Principle of «Procedural Autonomy» of the Member States», en *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Antwerp, Intersentia, 2011, pp. 305 a 324.

4. Como simple botón de muestra, la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto ML c. Aktiva Finants OÜ (C-433/18).

mitir a los Estados miembros articular la protección del Derecho de la Unión de conformidad con sus respectivos ordenamientos procesales internos[5].

Ahora bien, la autonomía procesal no es absoluta sino que está sujeta a dos límites. El primero es el principio de equivalencia en cuya virtud los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión no han de ser tutelados de forma menos favorable que los equivalentes derechos consagrados en los ordenamientos internos. El segundo es el principio de efectividad que prohíbe que la regulación interna de los Estados haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico de la Unión[6].

3. Los pilares sobre los que se asienta el refuerzo de los poderes de dirección del juez en materia de Derecho de consumo

En las múltiples sentencias en las que el TJUE se pronuncia sobre la tutela judicial de los derechos de los consumidores es común tomar como premisa la situación de inferioridad del consumidor frente al empresario o profesional tanto en su información previa como en su capacidad de negociación, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido. Este escenario de desequilibrio solo puede compensarse, a juicio del Tribunal de Luxemburgo, mediante una intervención positiva de un tercero, ajeno a las partes del contrato. O, con otros términos, el refuerzo en los poderes de dirección del juez sería el contrapeso necesario para alcanzar dentro del proceso el equilibrio que no se ha podido lograr fuera del proceso[7].

La desigualdad de condiciones entre el consumidor y el profesional es también el fundamento de la normativa europea especialmente tuitiva con los derechos de los consumidores. Dentro de esta regulación es, sin duda, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la que ha tenido una mayor relevancia en la configuración de nuestro sistema procesal civil. Esto es así porque ha sido la jurisprudencia del TJUE dictada al resolver cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva sobre cláusulas abusivas la que ha impulsado buena parte de los cam-

---

5. Cfr. P. M. Quesada López, *El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y su impacto en el Derecho procesal nacional*, Iustel, Madrid, 2019, pp. 62 y 63.

6. Cfr., entre otros, A. Mangas Martín y D. J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2020, pp. 453 y 454.

7. Como simples botones de muestra pueden verse las Sentencias de 27 de junio de 2000, asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C240/98 a C244/98), apartado 25; de 26 de octubre de 2006, asunto Mostaza Claro (C168/05), apartado 25; de 6 de octubre de 2009, asunto Asturcom Telecomunicaciones (C40/08), apartado 29, o de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito (C-618/10), apartado 39.

bios que se han producido tanto a nivel legislativo como de interpretación de los tribunales nacionales en esta materia.

No obstante, la especial protección de los consumidores y la ampliación de los poderes de dirección del juez no se han limitado a los conflictos en los que se plantea el cumplimiento de una cláusula que puede resultar abusiva sino que se han extendido a otros aspectos relacionados con la tutela de los consumidores. No pueden, por ello, dejar de tenerse presentes las sentencias en las que el TJUE valora la compatibilidad de la legislación interna de un Estado miembro con otras directivas cuyo objetivo es alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores dentro de la Unión Europea[8].

Estas directivas, referidas a ámbitos muy variados de la tutela de los consumidores, tienen en común que se centran en los aspectos sustantivos de la protección del consumidor dentro de su ámbito de aplicación, pero no abarcan el aspecto procesal. Tan solo podemos encontrar vagas referencias al derecho de acceso a la justicia con el fin de proteger los derechos reconocidos a los consumidores. Sin embargo, en ninguna de ellas se regula expresamente la extensión de los poderes de dirección del juez en el proceso civil como medio para logar el blindaje de los derechos sustantivos reconocidos a los consumidores.

---

8. Son muchas las normas europeas con las que se persigue una armonización, al menos de mínimos, en los derechos reconocidos a los consumidores. Así, pueden destacarse las siguientes: la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo; Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010; Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE; la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores; Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE: Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión; Directiva (UE) 2020/1828 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

La inexistencia de normas a nivel europeo que regulen la forma de hacer valer dentro de un proceso los derechos reconocidos a los consumidores en las directivas se trata de subsanar por el Tribunal de Luxemburgo[9]. Los instrumentos de que se ha servido el TJUE para alcanzar este objetivo son fundamentalmente tres: el orden público comunitario, el principio de efectividad y, en íntima conexión con éste, el derecho a la tutela judicial efectiva.

3.1. El orden público comunitario

La delimitación del concepto de orden público comunitario y de los efectos derivados de su infracción reviste una especial dificultad. No existe un texto normativo a nivel europeo que precise el contenido de este orden público y ha sido, una vez más, la jurisprudencia del TJUE la que se ha encargado de abordar este espinoso tema[10].

Con carácter general, el orden público no es un concepto estanco sino que evoluciona a lo largo del tiempo para dar cabida a aquellos valores o principios que se consideran esenciales dentro de una sociedad determinada y en un momento concreto. En este sentido, la Sentencia del TJUE de 1 de junio de 1999, asunto Eco Swiss (C-126/97), considera incluidas dentro del orden público comunitario aquellas normas que sean esenciales para conseguir los objetivos de la Unión[11].

No resulta, por ello, extraño que el Tribunal de Luxemburgo se refiera a éste como un concepto dinámico cuyo contenido se puede ir completando o matizando en cada momento[12]. Desde una primera delimitación referida tan solo al orden públi-

---

9. En este sentido, F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización,* Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 106, afirma que «el Tribunal de Justicia está construyendo con su jurisprudencia una suerte de Derecho pretoriano, al socaire de la interpretación prejudicial de normas europeas: al resolver cuestiones prejudiciales —en menor medida, también al resolver recursos de casación— se está elaborando de forma progresiva una auténtico *corpus* normativo autónomo, que los operadores jurídicos consideran tanto o más vinculante que los propios preceptos emanados del poder legislativo europeo».

10. La primera resolución en la que se hace referencia al orden público comunitario, aunque sin definir el concepto, es el Auto del TJCE de 22 de junio de 1965, asunto Faillite des Acciaierie San Michele (C-9/65), en el que se considera contrario al orden público comunitario todo intento de un Estado de eludir una obligación impuesta por el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

11. En los apartado 36 y 37 de esta Sentencia se afirma lo siguiente: «No obstante, con arreglo al artículo 3, letra g), del Tratado CE [actualmente, artículo 3 CE, apartado 1, letra g)], el artículo 85 del Tratado constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior» y, continúa, «de ello se deduce que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado».

12. Muy claras son a este respecto las Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 30 de marzo de 2000 al asunto Salzgitter (C-210/98), en cuyo apartado 134 se afirma: «Resulta difícil definir los «motivos de orden público». Los motivos que un órgano jurisdiccional puede examinar de oficio dependen, en última instan-

co económico se ha extendido a los derechos y libertades reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en lo que ahora interesa, ha alcanzado a la tutela de los derechos de los consumidores[13].

Son dos las características que ha de cumplir una norma para que pueda considerarse incluida dentro de ese orden público. La primera es que sirva a un objetivo fundamental en el ordenamiento jurídico de la Unión y que juegue un papel relevante para alcanzar esa finalidad. La segunda es que la norma se establezca en interés de terceros o del público en general y no solo de un individuo en concreto[14].

La vinculación entre las normas tuitivas de los consumidores y el orden público comunitario se inicia en la Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2006, asunto Mostaza Claro (C-168/05), en la que se proclama que la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores «tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores» y «constituye, conforme al artículo 3 CE, apartado 1, letra t), una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta». Y, un poco después, en la Sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto Asturcom (C-40/06), el Tribunal de Luxemburgo manifiesta que «dadas la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público».

La importancia de atribuir la condición de orden público a una parte del Derecho europeo en materia de consumo radica en su carácter imperativo y en la especial protección de que goza, debiendo el órgano jurisdiccional velar por su debido cumplimiento en cada proceso en el que se plantee su aplicación.

3.2. El principio de efectividad y el derecho a la tutela judicial efectiva

El principio de efectividad tiene un origen jurisprudencial. La Sentencia de 16 de diciembre de 1976, asunto Rewe (C-33/76), es la primera en la que el Tribunal de Luxemburgo hace referencia a la necesidad de que el ordenamiento jurídico in-

---

cia, de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico de que se trate, de las respectivas funciones que desempeñen las partes y el órgano jurisdiccional con arreglo a las normas de procedimiento aplicables, del tipo de órgano jurisdiccional que deba aplicar el concepto y del nivel en que se desarrolle el procedimiento».

13. Sobre la evolución del concepto de orden público comunitario puede verse V. Pérez Daudí, *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 25 y ss.

14. Cfr. P. M. Quesada López, *El principio de efectividad…*», cit., pp. 165 y 166.

terno de cada Estado garantice «la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario» y, añade, que, a falta de medidas de armonización, «los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario deben ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según las modalidades establecidas por la norma nacional» y «solo podría ser de otro modo si estas modalidades y plazos hicieran imposible en la práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar».

Desde esa primera formulación ha ido evolucionando hasta convertirse en un principio general del Derecho comunitario por obra de la ingente jurisprudencia que lo ha utilizado para valorar la compatibilidad de la legislación interna de los Estados con el Derecho de la Unión Europea. La trascendencia que ha alcanzado este principio queda patente al haberse recogido, junto con el de cooperación leal, en los artículos 4.3 y 19.1 del TUE[15].

El principio de efectividad supone un límite a la autonomía procesal de los Estados miembros por cuanto tanto a nivel legislativo como en la práctica de los tribunales nacionales debe garantizarse la protección efectiva de los derechos que se reconocen a los ciudadanos en el Derecho de la Unión Europea. Es, por ello, que se ha afirmado que el principio de efectividad supone una especie de «cláusula de reserva de dominio», pues permite la revisión por el Tribunal de Luxemburgo del ordenamiento procesal interno que, a falta de armonización, está reservado a los propios Estados, cuando no fuese adecuado para garantizar el nivel mínimo de protección para asegurar el respeto a los derechos reconocidos en la normativa europea[16].

En el ámbito del Derecho de consumo, y en otros, no resulta infrecuente que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se refiera indistintamente al principio de efectividad y al derecho a la tutela judicial efectiva como equivalentes a la hora de

15. El tenor literal del artículo 4.3 es el siguiente: «3. Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.
Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.
Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».
Por su parte, el artículo 19.1, párrafo segundo, dispone que «Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión».

16. P. Piva, *Il principio di effettività della tutela giurisprudenziale del diritto dell'Unione europea*, ed. Jovene, Nápoles, 2012, p. 18.

valorar la compatibilidad de la legislación interna de un Estado con el Derecho de la Unión[17].

Uno y otro tienen distinta naturaleza. El de efectividad es un principio general del Derecho que sirve de fuente de inspiración para el conjunto del ordenamiento, que vincula a todos los poderes del Estado y que, en último caso, permite dar respuesta a cuestiones respecto de las que la norma positiva guarde silencio[18]. El derecho a la tutela judicial efectiva, por su parte, es un derecho fundamental, proclamado en el artículo 47.1 de la CDFUE[19], que despliega su virtualidad en el ámbito procesal y que, en consecuencia, ha de ser garantizado principalmente por el órgano jurisdiccional que interviene en cada concreto proceso.

A pesar de su distinta naturaleza, ambos convergen cuando se han de proyectar sobre el ordenamiento procesal de los Estados y también en la finalidad perseguida que no es otra que evitar que las normas nacionales o la práctica de los tribunales impidan o dificulten excesivamente el ejercicio de los derechos reconocidos en el Derecho de la Unión Europea[20].

---

17. Como simples botones de muestra pueden verse las SSTJUE de 21 de febrero de 2013, asunto Banif Plus Bank (C472/11), apartado 29; de 17 de julio de 2014, asunto Sánchez Morcillo (C169/14), apartado 35, o de 10 de septiembre de 2014, asunto Kušionová (C34/13), apartado 47.
El debate sobre el alcance de uno y otro queda patente en las Conclusiones del Abogado General Szpunar, presentadas el 11 de noviembre de 2015, en el asunto Finanmadrid (C-49/14), quien afirma en los apartados 85 a 87 lo siguiente:«Observo que el Tribunal de Justicia aún no ha tenido la ocasión de esclarecer la forma en que se articulan las exigencias resultantes del artículo 47 de la Carta y aquellas, muy similares, derivadas de los principios de equivalencia y de efectividad. De hecho, este último principio en particular se traduce también en el hecho de que impone a los Estados miembros la obligación general de garantizar la tutela judicial de los derechos dimanantes del Derecho de la Unión, por lo que podría suscitarse la cuestión de saber si el artículo 47 de la Carta viene a añadirse al principio de efectividad o lo sustituye.
Pese a esa disyuntiva, no cabe duda de que los Estados miembros deben garantizar que el artículo 47 de la Carta se respete también en el ámbito del Derecho procesal.
Y así, según reiterada jurisprudencia relativa a la aplicación de la Directiva 93/13, la obligación que tienen los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que esta Directiva confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas implica una exigencia de tutela judicial, consagrada asimismo en el artículo 47 de la Carta, que el juez nacional debe observar».

18. Sobre la virtualidad de los principios generales del Derecho, en particular en el ámbito procesal, se puede consultar A. De la Oliva Santos, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General* (con I. Diéz-Picazo Giménez y J. Vegas Torres), Ed. Ramón Areces, Madrid, 2019, pp. 336 y 337.

19. Esta norma, bajo la rúbrica «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», dispone: «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.
Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.
Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

20. Un detallado estudio sobre el debate doctrina y jurisprudencial acerca de la identidad del principio de efectividad y el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse en P. M. Quesada López, *El principio de efectividad…*», cit., pp. 107 a 119.

4. Algunas manifestaciones de la ampliación de los poderes del juez en defensa de los consumidores en el proceso declarativo

Sin duda uno de los aspectos de la legislación procesal que se ha visto más afectado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es el de los poderes de actuación de oficio del juez ante cláusulas contractuales de posible carácter abusivo y, paralelamente, el de los principios que rigen el proceso civil.

Al compás de esta jurisprudencia el legislador español ha llevado a cabo importantes reformas parciales. Así ha sucedido en el proceso de ejecución hipotecaria y, en general, en el proceso de ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales o en el proceso monitorio. Sin embargo, hay un ámbito en el que contamos con una gran cantidad de sentencias del Tribunal de Justicia, algunas de gran relevancia, sin que esto haya tenido reflejo en la legislación procesal. Me refiero, en concreto, al proceso declarativo, en el que se centrará este trabajo.

El Tribunal de Luxemburgo ha considerado que los jueces nacionales deben adoptar un papel activo con el fin de compensar dentro del proceso el desequilibrio en perjuicio del consumidor que se ha producido fuera del proceso. Y ello con independencia de los condicionamientos que pudieran existir en la legislación procesal interna en cuanto a los poderes de actuación de oficio del juez dentro del proceso. Este criterio lleva a un replanteamiento de la distribución de roles entre el juez y las partes dentro del proceso civil y también a una revisión de los principios básicos que tradicionalmente rigen el proceso civil, como son el principio dispositivo o el de aportación de parte.

Son varias las manifestaciones de esta ampliación de los poderes de actuación de oficio del juez en el proceso declarativo, pero me centraré en las tres más relevantes: la apreciación de oficio de cláusulas abusivas, la prueba de oficio y la adopción de oficio de medidas cautelares.

4.1. El control de oficio de cláusulas abusivas

La Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas es especialmente tuitiva con los consumidores por considerarlos la parte más débil de la relación contractual. Este desequilibrio se trata de compensar mediante un régimen de control de las cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente y que, por tanto, el consumidor haya tenido que asumir sin poder influir en su contenido. Conforme al artículo 3 de la Directiva 93/13 «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, cau-

san en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»[21].

La concreta articulación de ese control se prevé en el artículo 6, apartado primero, de la Directiva 93/13 en cuya virtud «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 éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas» y en el artículo 7, apartado primero, que impone a los Estados el deber de velar por que «existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Ambas normas se consideran imperativas e integradas en el orden público comunitario.

El desarrollo jurisprudencial de esta Directiva ha provocado el replanteamiento del rol del juez en relación con la norma procesal cuando está en juego la tutela de los derechos de los consumidores. El primer paso en este proceso de potenciación de los poderes del juez ha sido la apreciación de oficio de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor.

4.1.1. De la facultad al deber judicial de apreciación de oficio de cláusulas abusivas

El proceso civil de declaración tiene por objeto la acción o acciones afirmadas por el demandante en su demanda o por el demandado en su reconvención. Además también completan el objeto del proceso las concretas defensas que aduce el demandado con el fin de lograr la desestimación de la demanda. Si concurren los presupuestos procesales, el juez deberá resolver en su sentencia sobre todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, sin que pueda acudir a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer (artículo 218.1 de la LEC). En caso de que la sentencia se pronuncie sobre lo que las partes no han pedido incurrirá en un vicio de incongruencia.

Esta regla, sin embargo, tiene excepciones. La adecuada protección del consumidor exige, conforme a una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que los jueces nacionales controlen de oficio las cláusulas abusivas

21. El artículo 4.2 añade que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Por eso, respecto de estas cláusulas se prevé el control de trasparencia, no de abusividad. En este sentido, SSTJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto Andriciuc y otros (C186/16), apartados 35 y 36, y de 3 de octubre de 2019, asunto Kiss y CIB Bank (C621/17), apartado 32, o de 16 de julio de 2020, asunto CY y Caixabank (C-224/19 y C-259/19), apartado 62.

de los contratos celebrados entre un empresario o profesional y un consumidor. El juez nacional, por tanto, deberá analizar el carácter abusivo de una de esas cláusulas sin necesidad de que los litigantes lo hayan alegado y, en su caso, declarará la nulidad pese a que las partes no lo hayan pedido. Se produce, por tanto, una ampliación del objeto del proceso y del ámbito al que se extenderá la sentencia.

La primera Sentencia en la que el Tribunal de Luxemburgo manifiesta en concreto a los jueces españoles la conveniencia de apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas contractuales es la STJCE de 27 de junio de 2000, asunto Oceáno Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98). Se trata de una cláusula de sumisión expresa por la que se imponía al consumidor la obligación de litigar ante los tribunales del domicilio del empresario. El Tribunal considera abusiva esta cláusula y, respecto de la posibilidad de apreciarla de oficio, afirma que la obligación de los Estados, conforme al artículo 6 de la Directiva 93/13, de evitar que las cláusulas abusivas vinculen a los consumidores «no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por si mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas» y añade que «solo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula».

En definitiva, en esta Sentencia el Tribunal de Justicia concluye que «la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores». Se consigue de este modo evitar el riesgo, nada desdeñable, de que el consumidor no se defienda frente a la cláusula abusiva bien porque ignore sus derechos o bien porque encuentre dificultades para ejercitarlos.

Es importante subrayar que en esta resolución el Tribunal de Justicia califica a la apreciación de oficio como una *facultad* del juzgador, calificativo que, como se verá, desaparece en posteriores decisiones.

La solución, prácticamente inmediata, por parte del legislador español vino de la mano del artículo 54.2 LEC, que no admite la sumisión expresa en contratos de adhesión, con condiciones generales de la contratación o celebrados con consumidores o usuarios[22].

---

22. También se ha planteado ante el TJUE si el art. 67.1 LEC que excluye cualquier recurso contra los autos que resuelven sobre la competencia territorial puede considerarse contrario a la Directiva 93/13 cuando afecte a una acción de cesación en defensa de los consumidores y si, en consecuencia, el tribunal debe tramitar el recurso de apelación pese a carecer de cobertura legal en la normativa nacional. La STJUE de 5 de diciembre

En un caso muy similar, relativo también a una cláusula de sumisión expresa, la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto *Pannon* (C-243/08), añade un nuevo elemento a tener en cuenta: la voluntad del consumidor como límite a la apreciación de oficio de la cláusula abusiva y la consiguiente exclusión de los efectos derivados de la misma. En esta ocasión, el Tribunal de Justicia afirma que el juez nacional debe examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello» y si estima que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, «salvo si el consumidor se opone»[23].

El Tribunal de Justicia mantiene que el derecho a la protección efectiva del consumidor incluye la facultad de éste de renunciar a hacer valer sus derechos. En consecuencia, el consumidor, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, puede expresar su consentimiento libre e informado por el que renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de la cláusula. El consumidor solo podrá prestar este consentimiento si el juez nacional indica a las partes, «en el marco de las normas procesales nacionales y a la luz del principio de equidad en los procedimientos civiles, de manera objetiva y exhaustiva las consecuencias jurídicas que pueda entrañar la supresión de la cláusula abusiva, con independencia de que estén asistidas por un representante procesal profesional o no»[24].

Un nuevo hito se abre con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de noviembre de 2002, asunto Cofidis (C-473/2000), en la que se utiliza el principio de efectividad para imponer al juez la inapliación de una norma nacional que puede hacer excesivamente difícil la aplicación de la protección que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores en los litigios en los que sean demandados. En concreto, se trataba de una norma del Código de consumo francés que prohibía al juez nacional apreciar de oficio o a instancia del consumidor el carácter abusivo de una cláusula contractual una vez transcurrido el plazo de dos años desde el hecho que lo motivó. El Tribunal estima que si se admitiera esta limitación, a los profesionales se les estaría dando la oportunidad de privar a los consumidores de la protección que les corresponde con solo esperar a la expiración del plazo señalado por el legislador nacional y solicitar a continuación el cumplimiento de la cláusula abusiva.

---

de 2013, asunto Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León (C-423/12), considera que esta regulación es compatible con la Directiva a la luz de los principios de equivalencia y efectividad y añade que «las normas procesales relativas a la estructura de los recursos internos y al número de instancias, al servicio del interés general en la buena administración de la justicia y de la previsibilidad, deben prevalecer sobre los intereses particulares, en el sentido de que no pueden adaptarse en función de la situación económica particular de las partes» (apartado 38).

23. En idéntico sentido, SSTS de de 3 de marzo de 2020, asunto Gómez del Moral Guasch (C125/18), apartado 58 o de 27 de enero de 2021, asunto Dexia Nederland (C-229/19 y C.289/19), apartado 62.

24. Vid. STJUE de 29 de abril de 2021, asunto L. W., (C-19/20).

El siguiente paso se da con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2006, asunto Mostaza Claro (C-168/05). La cuestión planteada es si en el marco de un recurso de anulación de un laudo arbitral puede apreciarse el carácter abusivo de una cláusula de sumisión a arbitraje cuando el consumidor no se opuso por ese motivo en el procedimiento arbitral.

El Tribunal de Luxemburgo afirma que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 es una disposición de carácter imperativo «que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas». Y, añade, que la Directiva es «una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta». En atención a este interés público, «un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación».

En esta Sentencia no se habla ya de una mera facultad sino claramente de un deber del juez de apreciar de oficio las cláusulas abusivas que pueda contener un contrato entre un empresario y un consumidor. Esa misma consideración se mantendrá en las posteriores decisiones del máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea.

Es interesante subrayar que el Tribunal de Justicia no considera que la asistencia letrada al consumidor deba servir de elemento modulador de la extensión de los poderes de dirección del juez nacional en el proceso civil. No se considera, por tanto, que la situación de inferioridad previa del consumidor con respecto al empresario o profesional quede subsanada por la asistencia de un técnico en Derecho durante la sustanciación del proceso. Es más, en alguna ocasión el Tribunal de Luxemburgo ha afirmado que la exigencia de actuar con abogado en litigios cuya cuantía a menudo es escasa puede ser un elemento disuasorio para que el consumidor defienda sus intereses en un proceso[25].

En todo caso, el deber de apreciar de oficio las cláusulas abusivas no puede hacerse al margen de los principios o garantías básicas del proceso. En este sentido, la STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto Banif Plus Bank (C472/11), afirma que el

---

25. Cfr. SSTJUE de 27 de junio de 2000, asunto Oceano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98), apartado 26, y de 4 de octubre de 2007, asunto Rampion y Godard (C-429/05), apartado 61. En la misma línea, consideran irrelevante a la defensa letrada a efectos de aplicar los poderes de actuación de oficio del juez, las SSTJUE de 4 de junio de 2015, asunto Faber (C-497/13) o de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17).

juez nacional debe respetar las exigencias derivadas de «una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» y, entre esas exigencias, figuran el principio de contradicción y el derecho de defensa. En consecuencia, si el juez aprecia de oficio la existencia de una cláusula abusiva ha de informar a las partes e instarlas a un debate contradictorio en la forma prevista por las normas procesales nacionales[26].

Por último, cuando el juez aprecia el carácter abusivo de una cláusula, debe entenderse que ésta nunca ha existido y que no puede tener efectos frente al consumidor, con el consiguiente restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que éste se encontraría de no haber existido dicha cláusula. En consecuencia, el juez, con carácter general, no tiene la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula. Si se admitiera esa posibilidad se podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, pues «contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales». Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de crédito (C-618/10) en relación con una cláusula de intereses moratorios que, al considerarse abusiva, debe dejar de aplicarse sin que el juez pueda moderar esos intereses[27].

Esta regla general, sin embargo, admite excepciones que permiten al juez que aprecie una cláusula abusiva integrar el contrato y sustituir la cláusula nula por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esa integración permita la subsistencia del contrato y que la anulación del contrato pueda suponer para el consumidor un perjuicio mayor. Esta doctrina, obviamente, afecta al deber de congruencia en la medida en que el juez nacional se pronunciará no sobre lo pedido (esto es, la aplicación de la cláusula que se ha considerado abusiva), sino sobre algo distintos de lo pedido (esto es, lo dispuesto en la disposición supletoria del Derecho nacional)[28].

---

26. Con similares términos, STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto Asbeek Brusse y Man Garabito (C-488/11).

27. En el mismo sentido, cfr., entre otras, las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto Gutiérrez Naranjo (C154/15, C307/15 y C308/15), apartado 60); de 7 de agosto de 2018, asunto Banco Santander y Escobedo Cortés (C-96/16 y C94/17), apartado 73; de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, (C70/17 y C179/17), apartado 53; de 27 de enero de 2021, asunto Dexia Nederland (C-229/19 y C-289/19), apartados 62 y siguientes, o de 29 de abril de 2021, asunto L. W. (C-19/20), apartados 66 y siguientes.

28. En este sentido, se ha pronunciado la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto Kásler (C-26/13), referida al tipo de cambio aplicable para devolver en moneda nacional un préstamo hipotecario denominado en moneda extranjera.

4.1.2. La apreciación de oficio de cláusulas abusivas cuando el consumidor es el demandante.

Una cuestión de especial interés es determinar si la apreciación de oficio de cláusulas abusivas impuesta por la jurisprudencia europea se aplica también cuando el consumidor es el demandante o si se limita a los casos en que éste es el demandado. La mayoría de las cuestiones prejudiciales que se plantean al Tribunal de Justicia y que tienen relación con la apreciación de oficio de cláusulas abusivas traen causa de procesos en los que el consumidor ocupa la posición procesal de demandado o ejecutado. Sin embargo, hay algún caso excepcional en el que el consumidor había actuado como demandante.

La STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto Jőrös (C-397/11), se dicta en el contexto de un litigio en el que el consumidor era el demandante que había solicitado la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y se plantea la cuestión de si en la segunda instancia debe el órgano jurisdiccional apreciar la nulidad de otra cláusula contractual distinta de la señalada por el consumidor.

Esta Sentencia plantea dos cuestiones de sumo interés: la primera es el alcance del control de oficio cuando el consumidor es el demandante y la segunda es el control de cláusulas abusivas en segunda instancia. Centrándonos en la primera de las cuestiones, el TJUE analiza el problema tanto desde la perspectiva del principio de equivalencia[29] como del principio de efectividad[30]. Y concluye que «un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado

---

29. En el apartado 30, puede leerse lo siguiente: «En lo que atañe al principio de equivalencia, hay que señalar que se deduce de él que, cuando el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado, u obligado, a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las reglas nacionales de orden público, aunque esa disconformidad no se haya suscitado en primera instancia, debe ejercer también esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva. En el supuesto de que el tribunal remitente determinara que dispone de esa competencia en las situaciones de naturaleza interna estaría obligado a ejercerla en una situación como la del litigio principal, que afecta a la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere al consumidor».

30. En lo que atañe al principio de efectividad, reitera que la decisión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales. Y concluye que en el sistema jurisdiccional húngaro el juez que resuelve en apelación es competente, cuando dispone de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, para apreciar, bien sea de oficio o bien recalificando el fundamento jurídico de la demanda, la existencia de una causa de nulidad de una cláusula contractual, nacida de esos elementos, aun si la parte litigante que habría podido alegar esa causa de nulidad no la hubiera invocado (apartados 32 a 35).

para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de dicha Directiva».

En este caso, se condiciona la posibilidad de apreciar el carácter abusivo de la cláusula a que la nulidad derive con claridad de los elementos presentados en la primera instancia porque el Derecho húngaro limita, con carácter general, la introducción de hechos nuevos o de nuevas pruebas en la segunda instancia, igual que sucede en el ordenamiento español, y a que ese cambio sobrevenido en el fundamento jurídico esté admitido en el Derecho nacional. Esta última posibilidad no está contemplada en el ordenamiento español.

No obstante, la Sentencia no es del todo clara porque esas condiciones o limitaciones parecen estar referidas a la posibilidad de que el tribunal de apelación aprecie *ex novo* la nulidad de una cláusula abusiva cuando ni se ha apreciado en primera instancia ni se ha solicitado por el consumidor. Ahora bien, cuando se le pregunta sobre si el artículo 6, apartado primero, de la Directiva 93/23 exige que se examine la nulidad por abusiva de una condición general de la contratación, aunque no se haya solicitado por las partes, el Tribunal de Justicia responde lo siguiente:

> «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que constate el carácter abusivo de una cláusula contractual está obligado, sin esperar a que el consumidor formule una solicitud a ese efecto, a deducir todas las consecuencias que según el Derecho nacional nacen de esa constatación, para cerciorarse de que el consumidor no quede vinculado por esa cláusula, por un lado, y por otro debe apreciar, en principio según criterios objetivos, si el contrato afectado puede subsistir sin esa cláusula».

Unos años después, el Tribunal de Luxemburgo se muestra mucho más contundente en su protección del consumidor demandante. La STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto OTP Bank (C-51/17) resuelve una cuestión prejudicial planteada en el contexto de un proceso iniciado por unos consumidores contra una entidad bancaria instando la declaración de nulidad de determinadas cláusulas por su carácter abusivo. El órgano jurisdiccional remitente pone de manifiesto que el Tribunal Supremo de Hungría ha interpretado la jurisprudencia del TJUE de conformidad con el principio dispositivo «según el cual la demanda se resolverá sobre la base de los hechos y de los motivos invocados por las partes y a la vista de la pretensión formulada» y cuestiona si, en virtud de la Directiva 93/13, «está facultado, incluso obligado, a apreciar el posible carácter abusivo de cláusulas que no hayan sido invocadas por el consumidor en apoyo de su pretensión, en su condición de parte demandante».

La respuesta del TJUE es contundente: «los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que corresponde al juez

nacional señalar de oficio, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, el posible carácter abusivo de una cláusula contractual, tan pronto como disponga de los elementos de Derecho y de hecho necesarios para ello». No se establecen en este caso límites o cautelas similares a las señaladas en la Sentencia Jőrös (C-397/11), que condicionaba esa apreciación de oficio a lo dispuesto en el Derecho nacional, aunque, como ya se apunto, parece, y así lo confirma la Sentencia OTP Bank, que esas limitaciones solo se referían a la apreciación de la abusividad *ex novo* en segunda instancia.

A mi juicio, el planteamiento del TJUE en la Sentencia OTP Bank rompe la coherencia del proceso civil, regido, no lo podemos olvidar, por el principio dispositivo. Este principio, obviamente, puede requerir matizaciones o excepciones cuando concurra un interés público, como puede ser la protección del consumidor. Sin embargo, en un caso en que es el consumidor quien libremente ha acudido al proceso y ha delimitado con su demanda el objeto del mismo, no creo que resulte necesario para la adecuada protección del consumidor facultar o, más bien, obligar al juez a llevar a cabo una investigación para descubrir si existen otras cláusulas contractuales distintas de las que constituyen el objeto del proceso que pudieran resultar abusivas.

El propio Tribunal de Justicia unos años más tarde ha matizado su postura en la STJUE de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17). Una vez más, nos encontramos ante un proceso iniciado por una consumidora frente a una entidad bancaria, solicitando la declaración de nulidad de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria que conferían al acreedor el derecho a modificar unilateralmente el contrato. Entre otras cuestiones, de indudable interés, el tribunal remitente plantea el alcance del deber del tribunal nacional de analizar de oficio las cláusulas abusivas del contrato celebrado entre un consumidor y un empresario o profesional. En concreto, se suscita la duda de si esa obligación se extiende a todas las cláusulas contractuales con independencia de que la consumidora demandante solo hubiera solicitado la declaración del carácter abusivo de alguna de ellas.

Las Conclusiones del Abogado General, Sr. Evgeni Tanchev, presentadas el 19 de diciembre de 2019, marcan el camino para matizar la anterior postura del Tribunal de Justicia y preservar los principios básicos del proceso civil, sin perjuicio de la adecuada protección del consumidor. En efecto, la propuesta del Abogado General es que el juez nacional está obligado a examinar de oficio el carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales que guarden relación con el objeto del litigio y con los elementos de hecho o de Derecho que constan en los autos, pero no puede extenderse a cualesquiera otras cláusulas del mismo contrato.

El principio dispositivo es uno de los principios rectores del proceso civil en los Estados miembros y, en palabras del Abogado General, implica que las partes son

«dueñas de la acción»: el proceso se inicia a instancia de parte, son éstas las que delimitan su objeto y pueden disponer de él y del proceso mismo y el juez ha de pronunciarse sobre todas las peticiones planteadas oportunamente y solo sobre ellas. Sin embargo, la Directiva 93/13 tiene como consecuencia la flexibilización del principio dispositivo cuando en el proceso intervienen consumidores, en el sentido de que el juez nacional debe desempeñar un papel activo a la hora de plantear de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores, aunque se salga de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes. Ahora bien, este deber solo se extiende a las cláusulas que guarden relación con el objeto del proceso y con los elementos de hecho y de derecho que consten en los autos.

Esta propuesta permite respetar el principio dispositivo, aunque en un versión atenuada, dado que no se producirá una modificación sustancial del objeto del proceso y, a la vez, se proteger de forma adecuada a los consumidores[31].

La STJUE de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17), mantiene la misma postura que el Abogado General en sus Conclusiones. El Tribunal de Luxemburgo afirma que «el examen de oficio debe respetar los límites del objeto del litigio, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal y como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas**».** Resultan muy ilustrativas las palabras utilizadas por el Tribunal para justificar su renovada doctrina:

> «*30 …la efectividad de la protección que, en virtud de la citada Directiva, el juez nacional de que se trate debe conceder al consumidor mediante una intervención de oficio no puede llegar hasta el punto de que se ignoren o sobrepasen los límites del objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido en sus pretensiones, interpretadas a la luz de los motivos que hayan invocado, de modo que el juez nacional no está obligado a ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas y de los motivos invocados ante él, analizando de manera individual, con el fin de verificar su carácter eventualmente abusivo, todas las demás cláusulas de un contrato en el que solo algunas de ellas son objeto de la demanda de que conoce*».

El respeto al principio dispositivo y a la prohibición de incurrir en *ultra petita* explican esta limitación del ámbito de control de oficio que cabe exigir al juez nacional. Ahora bien, el Tribunal de Justicia añade la siguiente precisión:

---

31. El Abogado General afirma, en el apartado 51 de sus Conclusiones, que «un enfoque que obligue al juez nacional a examinar de oficio de forma ilimitada el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en virtud de la Directiva 93/13 sería contrario a los principios fundamentales del Derecho procesal civil de los Estados miembros, entre ellos, los principios dispositivo y *ne ultra petita*».

> «*32 Por lo tanto, en virtud de la protección que debe concederse al consumidor con arreglo a la Directiva 93/13, el juez nacional habrá de examinar de oficio una determinada cláusula contractual, dentro de los límites del objeto del litigio del que conoce, para evitar que las pretensiones del consumidor sean desestimadas mediante una resolución judicial que acabe adquiriendo, en su caso, fuerza de cosa juzgada, cuando tales pretensiones habrían podido estimarse si el consumidor no hubiera dejado de invocar por ignorancia el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.*
> *33 Conviene también precisar que, para que el consumidor pueda beneficiarse plenamente de la protección que la Directiva 93/13 le concede y para que no se menoscabe el efecto útil de tal protección, el juez nacional no debe hacer una lectura formalista de las pretensiones de las que conoce, sino que, por el contrario, debe captar su contenido a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas.*
> *34 De las consideraciones expuestas en los apartados 27 a 33 de la presente sentencia se desprende que están sujetas a la obligación de examen de oficio que incumbe al juez nacional que conoce del asunto únicamente aquellas cláusulas contractuales que, aunque no hayan sido impugnadas por el consumidor en su demanda, estén vinculadas al objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido, a la vista de las pretensiones que hayan formulado y de sus motivos, y que tales cláusulas deben ser examinadas, para verificar su eventual carácter abusivo, tan pronto como el juez disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto*».

La conclusión que se puede extraer de la Sentencia Lintner es que el juez nacional está obligado a analizar de oficio el carácter abusivo de todas las cláusulas que sean necesarias para decidir sobre el objeto del proceso, aunque el consumidor no haya solicitado expresamente que se declaren abusivas, siempre que disponga de los elementos de hecho y de Derecho para ello. Quedan, por tanto, excluidas del ámbito de apreciación de oficio las cláusulas contractuales cuya validez y eficacia no sea relevante para decidir sobre el objeto del proceso[32]. Todo ello sin olvidar que si el juez nacional aprecia el carácter abusivo de una cláusula ha de informar a las partes y dar la oportunidad de abrir un debate contradictorio entre ellas. Con esta nueva doctrina, el Tribunal de Justicia trata de ser respetuoso con el principio jurídico técnico básico en los procesos civiles, esto es, con el principio dispositivo, sin descuidar la protección del consumidor como parte débil de la relación contractual.

---

32. Esas otras cláusulas sí habrán de ser tenidas en cuenta por el juez nacional a efecto de valorar dentro de su contexto el carácter abusivo de la cláusula que sí forme parte del objeto del proceso. Esta valoración no implica la obligación del juez nacional que conoce del asunto de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de todas esas otras cláusulas. En este sentido se pronuncia la Sentencia Lintner, en los apartados 45 a 49. El consumidor tendrá la posibilidad de impugnar mediante una nueva demanda las cláusulas del contrato que no fueron objeto de su demanda inicial o de «ampliar, motu proprio o a instancias del tribunal…, el objeto del litigio del que este último conoce», de conformidad con el Derecho nacional aplicable (apartado 39 de la Sentencia Lintner). Esto último en nuestro ordenamiento solo podría encajar en una ampliación de demanda que, conforme al artículo 401 de la LEC, resulta posible antes de que el demandado haya contestado a la demanda.

La cuestión se ha planteado ya ante los tribunales españoles y ha obtenido una respuesta en la STS 52/2020, de 23 de enero, que establece ciertos límites al control de oficio de cláusulas abusivas en procesos declarativos iniciados por el consumidor. Es interesante resaltar que esta Sentencia se dictó antes de que viera la luz la STJUE de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17), pero cuando ya se habían presentado las Conclusiones del Abogado General.

Los hechos de los que esta Sentencia trae causa son a grandes rasgos los siguientes: los consumidores plantearon una demanda contra una entidad bancaria pidiendo la declaración de nulidad, por abusivas, de varias cláusulas de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. La sentencia de primera instancia, parcialmente estimatoria, fue recurrida en apelación por los demandantes, alegando, entre otros motivos, la circunstancia de que el juez no había apreciado de oficio la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado, no aducida en la demanda inicial. Tras la desestimación del recurso de apelación, se planteó recurso de casación en el que se solicita al Tribunal Supremo que fije como doctrina jurisprudencial que cualquier tribunal ha de controlar de oficio, en cualquier proceso declarativo o de ejecución, el carácter abusivo de cualquier cláusula de la relación jurídica que se cuestiona, siempre que estén implicados consumidores.

El Tribunal Supremo comienza recordando que tanto la jurisprudencia del TJUE como su propia jurisprudencia[33] es inequívoca en lo tocante al deber de los tribunales de controlar de oficio las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores. Esta exigencia se justifica tanto por razón de justicia material, en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos, como por un objetivo de política general, concretado en el efecto disuasoria frente a la utilización de cláusulas abusivas.

Sin embargo, ese control de oficio no es absoluto ni puede extenderse a cualquier cláusula del contrato sino solo a aquéllas cuya validez y eficacia sea relevante para resolver las pretensiones formuladas por las partes. En este sentido, afirma el TS:

> «*Si para estimar la pretensión formulada por el empresario o profesional contra un consumidor, o determinar el alcance de tal estimación, ha de aplicarse una cláusula no negociada, el tribunal habrá de valorar y, en su caso, apreciar de oficio la abusividad y consiguiente nulidad de la cláusula incluso en el caso de que el consumidor no haya alegado tal abusividad.*
> *Asimismo, si el consumidor ha formulado una pretensión, en una demanda o en una contestación a la demanda, para cuya estimación es preciso la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no negociada empleada por un empresario o profesional, dicha abusividad deberá ser apreciada aunque el consumidor no lo haya postulado expresamente*».

33. Cfr, como botón de muestra, la STS 705/2015, de 23 de diciembre.

Por todo ello, el Tribunal Supremo concluye:

> «Es contrario a las exigencias de utilización racional de los medios de la administración de justicia, no guarda relación con la finalidad de la normativa nacional y comunitaria de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, y supone una degradación de la función de asistencia del abogado (que en nuestro ordenamiento jurídico es obligatoria en la práctica totalidad de los litigios), pretender que el juez que resuelve sobre una demanda de juicio declarativo en la que se solicita que se declaren abusivas y nulas algunas cláusulas no negociadas en un contrato celebrado con unos consumidores, no solo debe pronunciarse sobre la pretensión formulada en la demanda por los consumidores, sino que además tiene que realizar una especie de investigación en la relación contractual que une al consumidor con el empresario para descubrir si existen otras cláusulas potencialmente abusivas y pronunciarse sobre el carácter abusivo de cláusulas que nada tienen que ver con aquellas que el consumidor, en su demanda, con la asistencia y orientación profesional de su abogado, solicitó que se declararan abusivas y que, por tanto, son irrelevantes para la estimación de la pretensión formulada».

Esta Sentencia llega, a mi juicio, a una conclusión muy razonable. Con independencia de que el consumidor sea parte demandante o parte demandada, el control de oficio de cláusulas abusivas solo debe alcanzar a aquellas que sean relevantes para resolver las pretensiones formuladas en el proceso y no a otras. En este caso, los demandantes pidieron la nulidad de unas determinada cláusulas y no de otras que, al ser independientes entre sí, no formaban parte del objeto del proceso y, por tanto, el tribunal no tenía que verificar de oficio si las cláusulas no impugnadas son nulas, pues ese examen no resulta necesario para pronunciarse sobre la nulidad de las cláusulas que sí fueron cuestionadas en la demanda. Esta conclusión es respetuosa con la protección que merece el consumidor en virtud de la Directiva 93/13 y con la coherencia del propio proceso civil y evita convertir al juez civil en una suerte de instructor o investigador[34].

Se puede concluir, pues, que la protección de los consumidores puede exigir una cierta atenuación del principio dispositivo con el fin de equilibrar la balanza en favor del consumidor, al que se considera la parte débil de la relación previa al proceso. Sin embargo, no puede admitirse que el proceso civil llega a convertirse en un proceso inquisitivo en el que el juez decida sobre lo que será objeto del proceso con independencia de la voluntad de las partes, ni siquiera en aras de la protección del consumidor.

---

34. También se ha aplicado esta doctrina por las Audiencias Provinciales. Así, la SAP de Palma de Mallorca de 6 de abril de 2021, nº de resolución 293/2021, afirma que el juez no está obligado a ampliar el objeto litigioso al analizar el carácter eventualmente abusivo del contrato celebrado con un consumidor, su control de oficio sólo recaerá sobre aquellas cláusulas contractuales que, aunque no impugnadas por el consumidor en su demanda, estén vinculadas al objeto litigioso tal y como las partes lo hayan delimitado.

4.1.3. El control de oficio de cláusulas abusivas en sede de recurso

El problema que ahora se plantea es si en sede de recurso se debe controlar también de oficio la concurrencia de cláusulas abusivas. Esto nos enfrenta de forma directa con el tema de la congruencia en segunda instancia. En el marco de un litigio entre un empresario y un consumidor, ¿podrá el tribunal que conoce de la segunda instancia apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y extraer todas las consecuencias que de ello se derivan, pese a que la abusividad no se hubiera cuestionado en la primera instancia ni el recurrente lo haya solicitado?

Con respecto a esta cuestión resultan esenciales la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto Asbeek Brusse y Man Garabito (C-488/11) y la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto Jőrös (C-397/11). Lo que esencialmente se cuestiona en ambos casos es si en segunda instancia el juez nacional está obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando esto no se ha planteado en la primera instancia ni se ha solicitado en el recurso o si, por el contrario, debe aplicar las normas nacionales que obligan al juez nacional que resuelve en apelación a atenerse a los motivos aducidos por las partes y a resolver conforme a lo pedido por estas.

El Tribunal de Luxemburgo llega a la conclusión de que el juez nacional que resuelve sobre la apelación estará obligado a apreciar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva, siempre que, conforme a la legislación nacional, esté facultado u obligado a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las normas nacionales de orden público.

Por tanto, lo que el Tribunal de Justicia está diciendo en estas sentencias no es que todos los jueces nacionales deban apreciar de oficio la abusividad en segunda instancia sino que está estableciendo un paralelismo con lo que disponga el Derecho nacional. Y, obviamente, la cuestión que entonces se plantea es si en nuestro ordenamiento se cumple o no esa condición.

La respuesta no resulta en absoluto sencilla. El Tribunal de Justicia no deja claro si la equivalencia se refiere al control de cualquier acto jurídico en relación con las reglas de orden público o si, por el contrario, se refiere al control de oficio de las propias cláusulas contractuales[35]. Si se opta por la primera interpretación, más extensiva, se podría afirmar que como nuestro sistema procesal civil admite la potestad del tribunal de apelación de examinar de oficio determinados presupuestos procesales por su naturaleza de orden público y «la protección del consumidor participa de esta naturaleza, ha de concluirse que el tribunal del recurso tiene la

35. En este sentido, M. Aguilera Morales, «El control de oficio de las cláusulas abusivas en sede de recurso: la próxima batalla ante el TJUE», en *Diario La Ley*, Nº 9378, Sección Doctrina, 15 de Marzo de 2019.

potestad de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas aunque este extremo no se haya analizado en primera instancia y aun cuando se haya silenciado en la formulación de la pretensión impugnatoria»[36].

Si, por el contrario, nos decantamos por la segunda interpretación, más restrictiva, las normas procesales imponen que el tribunal *ad quem* se pronuncie «exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación» y que «la resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado» (artículo 465.5 de la LEC). No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido, si bien en casos excepcionales, la apreciación *ex officio* de la nulidad radical cuando se trate de actos contrarios a la legalidad o al orden público[37].

Estas dudas se han aclarado con la STJUE de 17 de mayo de 2022, asunto Unicaja (C-869/19). Esta Sentencia se enmarca en un proceso iniciado por un consumidor contra la entidad bancaria que le había concedido un préstamo con garantía hipotecaria, en el que solicitó la declaración de nulidad de la cláusula suelo inserta en el contrato y la restitución de las cantidades indebidamente percibidas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando abusiva la cláusula suelo por falta de trasparencia. En consecuencia, condenó a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de la cláusula suelo, pero limitó en el tiempo los efectos restitutorios con arreglo a la STS 241/2013, de 9 de mayo. La entidad bancaria interpuso recurso de apelación en la medida en que se le condenaba a la totalidad de las costas. Una vez transcurrido el plazo para interponer el recurso de apelación, pero antes de que la Audiencia decidiera se dictó las STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto Gutiérrez Naranjo (C154/15, C307/15 y C308/15), que consideró contrario al Derecho de la Unión la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula contractual abusiva.

La Audiencia Provincial no acordó la restitución plena de las cantidades percibidas en virtud de la cláusula suelo porque el consumidor no había recurrido la sentencia de primera instancia y, por tanto, el deber de congruencia y la prohibición de *reformatio in peius*, le impedían modificar los pronunciamientos no recurridos.

---

36. J.F. Herrero Perezagua, «Extensión, límites y efectos de las resoluciones civiles según la interpretación jurisprudencial europea», en *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*, ed. Tirant lo Blanch, Murcia, 2018, pp. 229.

37. Sobre el tema, M. Marcos González, *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Ed. Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 103 y ss.

El consumidor interpuso recurso de casación en el que alega que el tribunal de apelación debió acordar de oficio la restitución íntegra de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de la cláusula suelo, tal y como exige la STJUE Gutiérrez Naranjo.

En estas circunstancias, el Tribunal Supremo alberga dudas en cuanto a la compatibilidad de los principios de justicia rogada, de congruencia y de prohibición de *reformatio in peius* y también de la eficacia de cosa juzgada, establecidos en el Derecho nacional, con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. Decide, por ello, suspender el proceso y plantear al Tribunal de Luxemburgo si un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación interpuesto exclusivamente por la entidad bancaria, y no por el consumidor, debe acordar, pese a tales principios, la restitución íntegra de las cantidades percibidas en virtud de la cláusula abusiva.

El TJUE afirma que en el asunto en cuestión no puede presumirse una pasividad total del consumidor por el hecho de que no haya interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Esto puede imputarse a que cuando se dictó la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto Gutiérrez Naranjo, ya había transcurrido el plazo en el que se podría interponer recurso de apelación o impugnar la resolución según el Derecho nacional. En tales circunstancias, la aplicación de los principios procesales nacionales tiene como efecto privar al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva 93/13 y, en consecuencia, puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de tales derechos, vulnerando de este modo el principio de efectividad.

Por tanto, al menos en los casos en que el consumidor no muestra una pasividad total, los principios procesales sobre los que se construye el proceso civil deben ceder si fuera necesario para proteger al consumidor frente a cláusulas abusivas. Habrá que esperar para ver si esta misma doctrina se acaba extendiendo a casos en los que el consumidor sí muestra una pasividad total como, por ejemplo, cuando está en rebeldía, como ya ha dicho respecto de la primera instancia.

El TS, incluso antes de esta última Sentencia, se había manifestado a favor de la apreciación de oficio en segunda instancia, pero no en recursos extraordinarios. Así se puede ver en la STS 1723/2015, Sala Primera, de 22 de abril. Sin embargo, este criterio ya no creo que pueda mantenerse no solo por la Sentencia a la que me acabo de referir sino porque el mismo día, el 17 de mayo de 2022, se dictaron otras dos Sentencias en las que esencialmente se afirma que la preclusión y la cosa juzgada no pueden impedir la apreciación de oficio de cláusulas abusivas en la ejecución[38].

---

38. Cfr., SSTJUE de 17 de mayo de 2022, asunto Ibercaja Banco (C-600/19) y asuntos SPV Project 1503 Srl y Banco di Desio e della Brianza (C-693/19 y C-831/19).

4.1.4. La falta de previsión en la LEC del deber de apreciación de oficio de cláusulas abusivas y el momento para llevar a cabo ese control en nuestro proceso civil.

La jurisprudencia del TJUE es meridianamente clara en cuanto a que el órgano jurisdiccional que conoce del proceso declarativo tiene el deber de apreciar de oficio cláusulas abusivas cuando afecten a un consumidor. Sin embargo, el legislador nacional no ha plasmado en la LEC este deber en la regulación de los procesos declarativos, a diferencia de lo que sucede en otros procesos como el monitorio o el de ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales.

Es cierto que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ofrece una base legal en el artículo 83, en la redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en cuya virtud «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato». Sería, empero, conveniente reflejar este deber en la legislación procesal y aclarar ciertas dudas que pueden suscitarse en torno al momento de apreciar la abusividad.

En los procesos declarativos corresponde, con carácter general, al letrado de la Administración de Justicia admitir la demanda y solo dará cuenta al juez cuando considere que puede haber una causa de inadmisión de la demanda. En este contexto, sería posible que el legislador dispusiera, de modo similar al proceso monitorio, que el letrado de la Administración de Justicia de traslado al juez de la demanda cuando ésta tenga como base un contrato entre un empresario y un consumidor con el fin de que analice si concurren cláusulas abusivas que sean relevantes para decidir sobre la pretensión planteada. En el caso de que el juez tenga sospechas de abusividad tendría que dar audiencia a las partes y decidir mediante auto.

En el momento presente, a falta de previsión legislativa, el juez tendrá que controlar la existencia de cláusulas abusivas en la primera oportunidad que tenga para ello, sin perjuicio de que, en un momento posterior, pueda también realizar este examen de oficio, pues la jurisprudencia europea no fija un momento preclusivo para llevar a cabo este análisis sino que deberá hacerse «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho para ello».

Si estamos en un juicio ordinario, lo habitual será que, tras la admisión de la demanda por el letrado de la Administración de Justicia, sea en la audiencia previa cuando el juez pueda llevar a cabo el examen de la concurrencia de cláusulas abusivas y, en su caso, dar a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión, antes de decidir[39].

---

39. En este sentido, cfr. V. Pérez Daudí, *La protección procesal del consumidor …*, cit., pp. 162 y 163.

Si estamos en un juicio verbal, será, con carácter general, la vista el momento procesal oportuno para analizar la concurrencia de cláusulas abusivas y dar audiencia a las partes para que hagan alegaciones sobre esta cuestión. Ahora bien, es posible que la vista no se celebre porque no lo pidan las partes y el tribunal no considere procedente su celebración (artículo 438.4 de la LEC). En ese caso, la LEC dispone que se dictará sentencia sin más trámites. Sin embargo, si el juez sospecha de la existencia de alguna cláusula abusiva será necesario que de audiencia a las partes y, a tal efecto, o bien convoca la vista o bien lo pone en conocimiento de las partes y les da un plazo para hacer alegaciones antes de decidir sobre la abusividad y, por supuesto, antes de dictar la sentencia.

En el caso de que, una vez dictada la sentencia, el consumidor apreciase la concurrencia de una cláusula abusiva podría interponer recurso con fundamento en la abusividad y el incumplimiento del deber judicial de apreciar de oficio la nulidad de la cláusula en cuestión. Se puede plantear, incluso, si nos podríamos encontrar ante una incongruencia por omisión de pronunciamiento en atención a que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia considera un pronunciamiento debido la declaración judicial, incluso de oficio, de la nulidad de las cláusulas abusivas. Así parece deducirse de la STS 267/2017, de 4 de mayo, en la que se afirma que la falta de pronunciamiento por parte de la Audiencia Provincial en segunda instancia sobre el carácter abusivo de una cláusula «vició la sentencia de incongruencia omisiva» y determinó la infracción del artículo 218.1 de la LEC. En estas circunstancias, el Tribunal Supremo considera que el recurrente debió haber pedido la subsanación ante la propia Audiencia y, al no haberlo hecho, procede desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal conforme al artículo 469.2 de la LEC. En apoyo de esta decisión, el Alto Tribunal cita la STS 450/2016, de 1 de julio, conforme a la cual:

> *«De esta norma, este tribunal ha deducido que la denuncia temporánea de la infracción es un requisito inexcusable, una carga impuesta a las partes que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que, de no hacerlo así, la parte pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso extraordinario (sentencias 634/2010, de 14 de octubre, y 241/2015, de 6 de mayo), y asimismo, que no puede admitirse el recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración del principio de congruencia de la sentencia recurrida si no se ha solicitado, en caso de que se trate de una incongruencia omisiva, la subsanación de la omisión de pronunciamiento o complemento de la sentencia prevista en el art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011, sentencia núm. 538/2014, de 30 de septiembre, y las que en ella se citan)».*

Aplicar el tratamiento de la incongruencia por omisión de pronunciamiento a la falta de apreciación de oficio del carácter abusivo de una cláusula contractual plantea alguna dificultad práctica. El artículo 215 de la LEC se ocupa de la subsanación

y complemento de las sentencias y autos defectuosos o incompletos. En el apartado segundo se prevé que, a instancia de parte, se inste el complemento de sentencias o autos que «hubieran omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso». Es evidente que si nos estamos refiriendo a la apreciación de oficio de cláusulas abusivas, no es necesario que haya habido una previa petición de parte en este sentido. Además, el apartado tercero de la misma norma permite al tribunal corregir de oficio esas mismas omisiones mediante auto «pero sin modificar o rectificar lo que hubiere acordado». Esta previsión tampoco resulta adecuada cuando se trata de cláusulas abusivas por dos razones: la primera porque no está prevista la audiencia de las partes y la segunda porque la apreciación de la nulidad de una cláusula abusiva relevante para la decisión determinará con toda seguridad un cambio, modificación o rectificación de lo que se hubiera acordado por el tribunal.

De lo anterior se puede inferir que, tal y como está redactado el artículo 215 LEC, resulta difícil que la omisión de la apreciación de oficio de una cláusula abusiva pueda subsanarse por ese camino. Solo una reforma legislativa que contemple el complemento y, en su caso, la rectificación de la sentencia, previa audiencia de las partes, podría constituir una vía para corregir la falta de control de oficio de la cláusula abusiva.

4.2. La prueba de oficio

Una consolidada y abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia considera, tal y como se ha constatado en los apartados anteriores, que la apreciación de oficio de cláusulas abusivas es imprescindible para garantizar una adecuada protección del consumidor una vez que se convierte en parte de un proceso. Ese control de oficio se debe llevar a cabo tan pronto como el juez disponga de los elementos de hecho y de derecho para ello.

Ahora bien, ¿qué sucede si no se han acreditado en el proceso los hechos de los que depende la apreciación de la abusividad y consiguiente nulidad de una cláusula contractual? Se plantea, en concreto, si el poder de dirección del juez debe extenderse al ámbito de la prueba.

4.2.1. *Las facultades directivas del juez nacional en orden a la determinación de los hechos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*

En principio, si se quiere garantizar al consumidor una especial protección en el ámbito probatorio son imaginables dos caminos. El primero sería el de la prueba de oficio, en cuya virtud el propio juez puede o debe ordenar la práctica de diligencias de prueba cuando sea necesario para apreciar hechos de los que dependa la

abusividad. El segundo sería la inversión de las normas sobre carga de la prueba, de manera que se presuma algún hecho que, en principio, tendría que probar el consumidor y se arroje sobre la otra parte (el empresario o profesional) la carga de presentar prueba en contrario.

En algunas Directivas se incluyen normas de inversión de la carga de la prueba en beneficio del consumidor. Sin embargo, la jurisprudencia no ha dado ese salto sino que se ha limitado a proclamar el deber del juez de ordenar la práctica de diligencia de prueba de oficio en determinados casos.

El punto de partida lo marca la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2010, asunto Pénzügyi Lízing Zrt. (C-137/08). Los antecedentes de hecho de esta Sentencia se refieren a un procedimiento en el que la entidad demandante (Pénzügyi Lízing Zrt.) solicita la resolución de un contrato de préstamo destinado a financiar la compra de un vehículo, así como la condena al consumidor demandado (Sr. Schneider) al pago del importe íntegro del préstamo y de los intereses. Este procedimiento comienza siendo de jurisdicción voluntaria, pero se convierte en contencioso a consecuencia de la oposición del deudor en la que no se alegaron los motivos de defensa ni tampoco las razones por las que se consideraba infundada la pretensión del demandante. En el contrato de préstamo se incluyó una cláusula por la que se atribuía la competencia territorial a los tribunales en cuya circunscripción no tiene su residencia la parte demandada, ni su domicilio social la parte demandante, pero que está situado muy próximo al domicilio social de ésta.

El tribunal remitente de la cuestión prejudicial estima que la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto Pannon (C243/08), aclaró que las características específicas del procedimiento judicial que se ventila entre el profesional y el consumidor, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que debe disfrutar el consumidor en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13. Por lo tanto, el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello sin importar que el procedimiento en cuestión se encuadrase inicialmente dentro de la jurisdicción voluntaria[40].

Ahora bien, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, la Sentencia Pannon no resolvió la cuestión de si el juez nacional solo puede apreciar de oficio el carácter

40. Esta es una de las cuestiones que inicialmente había planteado el órgano jurisdiccional remitente, pero el Tribunal de Justicia decidió suspender el procedimiento a la espera de que se dictara la Sentencia Pannon. Una vez reanudado, el órgano remitente decidió retirar la cuestión de si el tipo de procedimiento puede incidir en la protección jurídica del consumidor y en los poderes del juez, pues ya había obtenido una respuesta en la citada Sentencia.

abusivo de una cláusula contractual cuando dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello o si el examen de oficio de este carácter abusivo también implica que, al efectuarlo, el juez está obligado a determinar de oficio los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dicho examen. En particular, se plantea si el tribunal nacional puede acordar de oficio la práctica de prueba, con el fin de determinar los elementos de hecho necesarios para esta apreciación, cuando, conforme a la normativa procesal nacional, las pruebas solo pueden practicarse a instancia de parte.

El Tribunal de Justicia afirma que, en el marco de las funciones que corresponden al juez en virtud de la Directiva 93/13, éste debe hacer una doble comprobación. En primer lugar, el juez debe examinar si una cláusula que es objeto del proceso está o no comprendida en el ámbito de la Directiva. Debe, por tanto, determinar si la cláusula ha sido objeto de negociación individual o si, por el contrario, ha sido impuesta por el empresario al consumidor. Si la cláusula no ha sido negociada individualmente y, por tanto, entra en el ámbito de la Directiva, se abre una segunda fase en la que el juez debe analizar si la cláusula es o no abusiva, es decir, si causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Con estos argumentos, el Tribunal de Justicia concluye que, con independencia de lo que establezcan las normas de Derecho interno, «el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en el contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula»[41].

La contundencia con la que el Tribunal de Justicia proclama la obligación del juez nacional de acordar la práctica de pruebas de oficio si fuera necesaria para aclarar si una cláusula contractual impuesta por el empresario es abusiva contrasta con la opinión que había manifestado la Abogado General, Sra. Verica Trstenjak. En sus Conclusiones, presentadas el 6 de julio de 2010, manifestó que «del Derecho co-

41. Finalmente, el Tribunal de Luxemburgo confirmó, como había hecho en sentencias anteriores (así, en la Sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores), que «la cláusula que, en el asunto principal, suscita la pregunta del juez nacional, al igual que una cláusula cuyo objeto consiste en atribuir la competencia, en todos los litigios que tengan su origen en el contrato, a un órgano jurisdiccional en cuyo territorio se halla el domicilio del profesional, impone al consumidor la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un tribunal que puede estar lejos de su domicilio, lo que puede hacer más dificultosa su comparecencia. En los litigios de escasa cuantía, los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor pueden resultar disuasorios y hacer que éste renuncie a interponer un recurso judicial y a defenderse. Una cláusula de esta índole queda así comprendida en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, a que se refiere el punto 1, letra q) del anexo de la Directiva».

munitario no se infiere ninguna disposición que obligue al juez nacional a acordar de oficio la práctica de la prueba con el fin de recabar los elementos de hecho y de Derecho necesarios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, si éstos no se encuentran disponibles». Es el Derecho nacional el que, en su opinión, debe determinar estas facultades del juez y, añade, que en los procesos civiles regidos por el principio dispositivo corresponde a las partes la alegación de los hechos relevantes, así como la proposición de las pruebas.

El Tribunal de Luxemburgo se decanta, pues, por la postura más tuitiva con el consumidor. Esta misma doctrina se mantiene en posteriores decisiones y se extiende a casos en que el consumidor es el demandante[42] y a otro tipo de procesos como el monitorio[43] o el juicio cambiario[44].

Una mención especial merece la STJUE de 4 de junio de 2020, asunto Kancelaria Medius (C-495/19), en la que se plantea si la situación de rebeldía del consumidor puede suponer un límite a los poderes de dirección del juez en el proceso. A grandes rasgos los hechos de los que esta Sentencia trae causa son los siguientes: Kancelaria Medius, una sociedad que ofrece servicios de cobro de deudas, interponer una demanda contra un consumidor solicitando la condena a éste al pago de una cantidad derivada de un crédito al consumo, cedido por otra empresa. En apoyo de su demanda, Kancelaria aportó la copia de un contrato marco que no incluía la firma del consumidor. Pese a la rebeldía del consumidor, el Tribunal de distrito de Trzcianka desestimó la demanda por entender que las pruebas aportadas no demostraban la existencia de la deuda. La demandante interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Regional de Poznan, alegando que, conforme al artículo 339.2 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal debería resolver con base únicamente en las alegaciones y documentos aportados con la demanda.

En estas circunstancias, el Tribunal Regional decide plantear una cuestión prejudicial en la que suscita sus dudas sobre la compatibilidad entre el artículo 339.2 del Código de Procedimiento Civil polaco y el nivel de protección de los consumidores exigido en la Directiva 93/13. El órgano jurisdiccional remitente afirma que la mencionada norma obliga al juez a dictar una sentencia en rebeldía contra el consumidor, cuyos fundamentos de hecho estarían constituidos únicamente por las alegaciones del demandante cuya veracidad se presume a menos que plan-

---

42. Cfr., SSTJUE de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz (C-415/11), apartado 47, y de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17), apartados 36 y 37.

43. Cfr., STJUE de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito (C-618/10), apartado 44.

44. Cfr., STJUE de 7 de noviembre de 2019, asuntos Profi Credit Polska (C-419/18 y C-483/18), apartados 66 a 68, en la que se afirma que «en ausencia de control eficaz del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas del contrato de que se trate, no puede garantizarse el respeto de los derechos conferidos por la Directiva 93/13».

teen dudas legítimas o se hagan en fraude de ley. Por ello, cuanto más lacónica sea la información proporcionada por el empresario en su demanda menos probable será que el tribunal pueda plantear dudas legítimas. En consecuencia, el tribunal polaco pregunta si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a la interpretación de una disposición nacional que impide al juez, en caso de rebeldía del consumidor demandado, adoptar de oficio diligencias de prueba cuando sean necesarias para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas en las que el empresario fundó su demanda.

En la Sentencia Kancelaria Medius, el Tribunal de Justicia afirma que si el juez nacional no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para valorar el posible carácter abusivo de una cláusula debe tener la posibilidad de adoptar de oficio las diligencias de prueba necesarias, incluso en el caso de incomparecencia del deudor. Esta postura no choca con el principio dispositivo ni con el «principio *ne ultra petita*» porque no se trata de sobrepasar los límites del objeto del proceso fijados en las pretensiones de las partes, sino de examinar las cláusulas en las que el profesional demandante ha basado su demanda y que constituyen el objeto del proceso. Por tanto, el juez nacional ha de poder exigir al demandante que aporte el contenido del documento o documentos en que se basa su demanda, «dado que esa petición constituye sencillamente una parte de la etapa probatoria del proceso».

Con estas premisas, corresponde al juez nacional verificar si es posible hacer una interpretación conforme de la norma nacional cuestionada o si, en caso contrario, debe inaplicar esa norma así como la jurisprudencia nacional que se oponga a las exigencias de la Directiva 93/13.

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es meridianamente clara, por tanto, en lo relativo a que el juez nacional no puede ser un mero espectador en materia probatoria sino que tiene facultades directivas en orden a la fijación de la certeza de los hechos de los que dependa la inclusión de una cláusula en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, así como su posible carácter abusivo.

Ahora bien, este planteamiento suscita una duda: ¿el juez puede ordenar la práctica de cualquier tipo de prueba o solo de aquellas que se refieran a fuentes de prueba que consten en las actuaciones?

El Tribunal de Luxemburgo no se ha manifestado de una manera explícita y contundente sobre los límites a la práctica de prueba de oficio. Sin embargo, un análisis de cada uno de los casos en los que el Tribunal de Justica ha proclamado el deber judicial de ordenar la práctica de prueba en defensa de los consumidores muestra que sí hay límites y que, en efecto, las fuentes de prueba han de constar en el proceso. No se trata, por tanto, de que el juez civil se convierta en instructor y salga del proceso para buscar nuevas fuentes de prueba.

Una clara muestra de estos límites la podemos encontrar en la STJUE de de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17), referida a un proceso en el que una consumidora había solicitado la declaración de nulidad de varias cláusulas de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Con respecto a la prueba de oficio, el Tribunal de Luxemburgo afirma, en el apartado 37 de la Sentencia, que «como también ha señalado, en esencia, el Abogado General en los puntos 61 a 64 de sus conclusiones, si los elementos de hecho y de Derecho que figuran en los autos ante el juez nacional suscitan serias dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas que no fueron mencionadas por el consumidor, pero que guardan relación con el objeto del litigio, sin que sea posible realizar apreciaciones definitivas al respecto, incumbe al juez nacional acordar, si es necesario de oficio, diligencias de prueba con el fin de completar los autos, requiriendo a las partes, con plena observancia del principio de contradicción, para que le aporten las aclaraciones y los documentos necesarios al efecto».

No es casual que la única prueba que se menciona es la documental. Con carácter general, la prueba determinante y que no había sido aportada en éste y en otros procesos es el contrato celebrado entre el empresario y el consumidor o, en su caso, los documentos acreditativos de la negociación individual de la cláusula para constatar si ésta entra o no en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13[45].

Algo más explícito fue el Abogado General en las Conclusiones presentadas el día 19 de diciembre de 2019, a las que se remite la propia Sentencia Lintner. En ellas se pone de manifiesto que el medio adecuado para garantizar el sistema de protección de los consumidores establecido en la Directiva 93/13 es habilitar al juez nacional para que acuerde diligencias de prueba de oficio, como, por ejemplo, «solicitar a las partes litigantes que aclaren algunas cuestiones o aporten las pruebas documentales pertinentes, con el objeto de formarse una opinión sobre el posible carácter abusivo de una cláusula contractual». Sin embargo, el Abogado General no considera que haya argumentos para apoyar la necesidad de que el tribunal nacional esté obligado a acordar de oficio «medidas de instrucción» más amplias. Entre esas medidas se mencionan «la obtención de pruebas por parte de los tribunales a través del interrogatorio de testigos de oficio, el requerimiento de oficio a terceros para que aporten pruebas, el interrogatorio de peritos de oficio, o las vistas de oficio». Esta posibilidad se deja a la autonomía del Derecho procesal nacional[46].

---

45. Así, en la STJUE de 7 de noviembre de 2019, asuntos Profi Credit Polska (C-419/18 y C-483/18), se refiere expresamente a la presentación de los documentos en que se basa la demanda, en concreto el acuerdo cambiario sin que sea suficiente el título cambiario que el demandante había aportado para exigir el pago al consumidor.

46. Cfr., apartados 54 a 64 de las mencionadas Conclusiones.

Con esa mención a las «medidas de instrucción» puede estar haciendo referencia a la búsqueda de fuentes de prueba distintas de las que aparezcan en las actuaciones. Esta última posibilidad requeriría una labor de instrucción o investigación que choca con la general configuración del proceso civil en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea.

4.2.2. *El encaje de la iniciativa probatoria de oficio en el ordenamiento español*

Como se ha podido constatar en las páginas anteriores, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige que, con independencia de los dispuesto en el Derecho interno, los jueces nacionales han de poder ordenar la práctica de prueba de oficio para constatar si una cláusula inserta en un contrato entre un empresario y un consumidor entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, si esta cláusula es abusiva.

La cuestión que ahora nos plateamos es si esta facultad o, más exactamente, deber judicial tiene cabida en la regulación del proceso civil en el ordenamiento español o si se trata de una exigencia que queda al margen de la regulación nacional.

4.2.2.1. ***El principio de aportación de parte y la iniciativa probatoria de oficio***

El artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica «*principio de justicia rogada*», consagra el principio dispositivo, cuya consecuencia es que «los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, *excepto cuando la ley disponga otra cosa*». En el mismo sentido, el artículo 282 de la LEC, bajo la rúbrica «*iniciativa de la actividad probatoria*» consagra el principio de aportación de parte, en cuya virtud, como regla general, las pruebas se practicarán a instancia de parte, si bien como excepción, «el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios o instrumentos probatorios, cuando así los establezca la ley».

En la generalidad de los sistemas procesales civiles se entiende que no sería razonable ni viable grabar a los tribunales con la responsabilidad de comprobar de oficio la certeza de las afirmaciones fácticas que resultan relevantes a efectos de decidir sobre el objeto de un concreto proceso civil. Este planteamiento no solo sería utópico sino también poco razonable porque son las propias partes las que de ordinario se encuentran en mejores condiciones para acceder a las fuentes de prueba. Por ello, los sistemas procesales civiles no se construyen sobre la investigación *ex officio* de los hechos relevantes ni se hace a los tribunales responsables de

establecer la certeza positiva o negativa de esos hechos, sino que son las partes las protagonistas de la iniciativa y del esfuerzo dirigido a establecer aquella certeza[47].

Ahora bien, como afirma Calamandrei, «mientras para el ejercicio de la acción y para la concreta determinación del tema de la demanda todo poder de iniciativa reconocido al juez sería incompatible con la naturaleza misma del derecho privado, no se puede decir igualmente que el carácter disponible de la relación sustancial controvertida lleve necesariamente a hacer de la iniciativa de parte la elección y la puesta en práctica de los medios de prueba»[48]. Por tanto, la naturaleza privada de los derechos o intereses en juego no resulta incompatible con el reconocimiento de un papel activo del juez en orden a la fijación de los hechos relevantes en el proceso.

Dejando al margen los procesos civiles no dispositivos en los que el interés público predominante explica las especialidades en materia probatoria, el artículo 429 de la LEC es el precepto estrella que consagra una cierta iniciativa probatoria de oficio en la generalidad de los litigios en los que estén en juego derechos o intereses privados. Esta norma establece que el Tribunal, si considera que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, «lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria». Y añade: «al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas que estime conveniente». En ese caso, «las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal».

La norma mencionada prevé una posible iniciativa probatoria del tribunal respecto de la proposición de prueba en el juicio ordinario y, más concretamente, en la audiencia previa, pero resulta extensible al juicio verbal en virtud del artículo 443.3 *in fine* de la LEC. No se trata, en puridad, de prueba de oficio porque al juez no le corresponde ordenar la práctica de prueba, sino solo indicar las que considera convenientes para acreditar la certeza de unos hechos relevantes para decidir sobre el objeto del proceso. Serán las partes quienes decidirán si asumen la sugerencia del tribunal y, en consecuencia, completan o modifican sus proposiciones de prueba. En todo caso, la eventual indicación del tribunal sobre las pruebas que pueden resultar conducentes solo será admisible si las fuentes de prueba constan en los autos y, por tanto, no puede el juez convertirse en instructor y buscar nuevas fuentes de prueba.

---

47. Cfr. A. De la Oliva Santos, *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial,* con I. Díez-Picazo Giménez y J. Vegas Torres, Editorial Universitaria Ramón Areces, Tercera edición, Madrid, 2016, pp. 102 y sigs.

48. P. Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, Vol. I (Trad. Sentís Melendo), EJEA, Buenos Aires, 1972, pp. 406 y 407.

Esta regulación ha suscitado dudas y no ha estado exenta de polémicas. La primera cuestión que se plantea es la relativa a la naturaleza jurídica de las facultades que se confieren al juez ya que hay discrepancia de opiniones sobre si la indicación del hecho o hechos afectados por la insuficiencia probatoria constituye una facultad o un deber del juez. Si nos ceñimos a la literalidad de los términos empleados por el legislador («lo pondrá de manifiesto»), se puede alimentar la teoría de que se trata de un deber judicial[49]. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclina por calificarlo como una facultad judicial[50].

El recurso a esta facultad ha de ir precedido de una apreciación subjetiva sobre la insuficiencia de las pruebas propuestas que difícilmente será susceptible de control externo y *a posteriori*. Precisamente, la dificultad de llevar a cabo esa valoración en un momento en el que aún no se han practicado las pruebas es una de las principales críticas a la regulación legal. En el momento de la audiencia previa, los instrumentos probatorios de los que dispone el tribunal no pueden ser otros que las pruebas documentales o instrumentos asimilados y la prueba anticipada si se acordó en el momento oportuno. Por tanto, el juez tendrá que predecir o prejuzgar los resultados a los que puede conducir la práctica de unas pruebas que aún no se han practicado. No resulta, por tanto, una facultad fácil de utilizar en la práctica.

Además de esta dificultad aplicativa, se ha criticado su posible incidencia sobre el principio de igualdad de las partes procesales. Si el juez hace uso de esta facultad para remediar la insuficiencia probatoria de una de las partes, estará perjudicando a la otra parte. Se trata, por ello, de un mecanismo poco armónico con la idea que inspira el sistema procesal civil y es que si en el proceso están en juego derechos e intereses privados, son las partes a quienes corresponde realizar el esfuerzo tanto en la alegación de los hechos como en la proposición de las pruebas, puesto que son bienes jurídicos de ellas los que están en juego en el proceso[51].

---

49. En este sentido, J. Picó I Junoy, «*La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites»,* en *Poder Judicial*, 1998, nº 51, pp.160; J. Damián Moreno, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* T.II, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 2160; J.L. Seoane Spiegelberg, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones,* Aranzadi Editorial, Navarra, 2002, p. 34; J. Cremades Morant, *Ley de Enjuiciamiento Civil,* Vol. I, Ed. Sepin, Madrid, 2001, pp. 697; F. LÓPEZ SIMÓ, *Disposiciones generales sobre la prueba,* Ed. La Ley, Madrid, 2001, p. 85; o M. Serrano Masip, «*La intervención del tribunal ante la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes»,* en *La ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2004, pp. 1867 a 1875.

50. A favor de su carácter facultativo se hallan autores como A. De la Oliva Santos, *Curso de Derecho Procesal Civil II…*, cit., pp. 104 a 106; J. F. Etxeberría Guridi, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 271; J. Montero Aroca, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp.123; LL. Muñoz Sabaté, Fundamentos de la prueba civil. LEC 1/2000, Bosch, 2001, pp.235; C. Vázquez Iruzubieta, *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil. Doctrina y jurisprudencia de la ley 1/2000, de 7 de enero*, Dijusa, Madrid, 2000, pp.623; J.L. Vázquez Sotelo, *Las diligencias finales*, en Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000», Vol. II, Dijusa, Barcelona, 2000, pp.551.

51. Cfr. A. De la Oliva Santos, *El papel del juez en el proceso civil*, Civitas, Navarra, 2012, pp. 126 y ss.

Otra de las normas que atribuye al juez un cierto protagonismo en materia probatoria es el artículo 435.2 de la LEC que prevé la posibilidad de adoptar de oficio diligencias finales en el juicio ordinario. Dentro del plazo para dictar sentencia es posible que se practiquen actuaciones probatorias complementarias denominadas diligencias finales. Estos actos de prueba se acordarán por el juez a instancia de parte y, excepcionalmente, de oficio. Esa última posibilidad solo se admite cuando las pruebas se refieren a hechos relevantes, oportunamente alegados, «si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos». Para estos casos, la LEC exige una especial motivación del auto en el que se acuerde la práctica de las diligencias, en el que se habrá de informar sobre las circunstancias por las que la prueba fracasó y los motivos para creer que las nuevas pruebas serán conducentes para acreditar los hechos relevantes.

De esta regulación se puede deducir, en palabras de DE LA OLIVA SANTOS, que «las diligencias finales se concibe, por tanto, no para que el tribunal promueva prueba, ni para que los litigantes puedan descuidar proponerla y no hacer de su parte todo lo posible para que se practique cuando es razonable practicarla —o para que no aporten en su momento documentos, que se traerán al proceso extemporáneamente— sino para afrontar casos excepcionales, bien de imposibilidad de proponer prueba en los ordinarios momentos, bien de imposibilidad sin culpa de practicar la prueba admitida»[52].

4.2.2.2. ¿La facultad judicial del artículo 429.1 de la LEC colma las exigencias de la jurisprudencia europea?

Tras este breve repaso sobre la iniciativa probatoria que se reconoce al tribunal en el artículo 429.1 de la LEC, la cuestión que se plantea de modo inmediato es si esa previsión es suficiente para satisfacer la exigencia de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo de reconocer un papel activo al juez nacional en orden a tutelar a los consumidores y usuarios en el proceso.

El aumento de los poderes directivos del juez en el proceso se ha considerado, como hemos tenido ocasión de comprobar, la herramienta fundamental para garantizar una adecuada protección de los consumidores una vez que se convierten en partes procesales y compensar de ese modo la posición de inferioridad del consumidor frente al empresario o profesional en el momento de la contratación. Especialmente en lo relativo a las cláusulas abusivas, respecto de las que el juez no

52. Vid., A. De la Oliva Santos, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con I. Díez-Picazo Giménez, J.Vegas Torres y J. Banacloche Palao), Civitas, Madrid, 2011, pp. 736.

solo tiene el deber de apreciarlas de oficio sino también de ordenar la práctica de pruebas para determinar si una cláusula entra dentro del ámbito de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, si tiene o no carácter abusivo.

Con estas premisas es fácil concluir que la polémica facultad de sugerir pruebas de oficio en caso de que un hecho pueda verse afectado por una insuficiencia probatoria, prevista en el artículo 429.1 de la LEC, no colma las exigencias de la jurisprudencia europea. Desde la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2010, asunto Pénzügyi Lízing Zrt. (C-137/08), lo que exige la jurisprudencia comunitaria es que, con independencia de lo previsto en el Derecho interno, el juez debe poder ordenar la práctica de prueba de oficio respecto de aquellos hechos de los que depende la apreciación del carácter abusivo de una cláusula que ha de valorar para resolver sobre el objeto del proceso. No basta, pues, con una mera sugerencia que pueda o no ser asumida por el consumidor.

Esta conclusión se refuerza si se repara en que el Tribunal de Luxemburgo ha estimado que el deber judicial de ordenar pruebas de oficio se mantiene incluso aunque el consumidor se encuentre en situación de rebeldía[53]. Situación ésta en la que, obviamente, no podría asumir sugerencia probatoria alguna del tribunal.

4.2.2.3. ¿La posibilidad de acordar diligencias finales de oficio colma las exigencias de la jurisprudencia europea?

La siguiente cuestión que se suscita a la vista de la regulación del proceso civil en la LEC es si la posibilidad de adoptar de oficio diligencias finales en el juicio ordinario es suficiente para superar el filtro del Tribunal de Luxemburgo en lo relativo a las facultades directivas del juez nacional en materia probatoria.

La respuesta debe ser claramente negativa. Las razones son, en parte, coincidentes con las que se acaban de dar para valorar la iniciativa probatoria a la que se refiere el artículo 429.1 de la LEC.

Las diligencias finales de oficio se pueden acordar excepcionalmente con el fin de repetir alguna prueba propuesta, admitida y practicada regularmente, pero que, por circunstancias ajenas a la parte proponente, no resultó conducente para acreditar los hechos. Por eso el artículo 435.2 de la LEC dice expresamente que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar que «se practiquen de nuevo pruebas». En consecuencia, si sobre el hecho en cuestión no se hubiera propuesto por la parte interesada ninguna prueba, el tribunal no puede acudir a las diligencias finales para suplir la falta de iniciativa probatoria de la parte.

---

53. Cfr., STJUE de 4 de junio de 2020, asunto Kancelaria Medius (C-495/19).

Es claro, por tanto, que el deber judicial impuesto por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo no encuentra fácil acomodo en la regulación de las diligencias finales. No se prevé, como exige el máximo intérprete del Derecho de la Unión, una auténtica prueba de oficio que permita al juez, incluso aunque el consumidor esté en rebeldía, ordenar las diligencias de prueba necesarias para determinar si una cláusula inserta en un contrato entre un consumidor y un empresario entra en el ámbito de la Directiva 93/13 y, en su caso, si es abusiva.

Pero aún hay más razones. Las diligencias finales están previstas solo para el juicio ordinario y no son extensibles al juicio verbal[54]. Sin embargo, la práctica de prueba de oficio exigida por la jurisprudencia europea no puede depender de que sea uno u otro el procedimiento a seguir. Ya desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto Pannon (C243/08), quedó claro que las características específicas del procedimiento judicial que se ventila entre el profesional y el consumidor, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que debe disfrutar el consumidor. Por tanto, no sería admisible que ese poder de actuación del juez fuera posible en el juicio ordinario y no en el juicio verbal.

4.2.2.4. *A modo de conclusión*

La ausencia de una adecuada regulación en el Derecho interno no exime al juez nacional de actuar de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, una adecuada previsión en la legislación nacional contribuiría a facilitar esta tarea y a garantizar que cualquier juez civil sea consciente de la labor tuitiva que en materia probatoria le corresponde cuando en el proceso interviene un consumidor.

De cara a una futura regulación, el legislador patrio debería tener en cuenta que el deber judicial de ordenar la práctica de prueba de oficio debe admitirse con independencia del procedimiento, juicio ordinario o juicio verbal, que se deba seguir.

Por otro lado, si el deber de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas no está sometido a un momento preclusivo, parece que tampoco debería estarlo el deber de ordenar la práctica de pruebas de oficio para valorar esa eventual abusividad. Tan pronto como al juez le surjan dudas sobre el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato entre un consumidor y un empresario, ha de poder ordenar la práctica de prueba de oficio y, en su caso, declarar la nulidad de la cláusula por causar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Eso sí, siempre habrá de respetar la exigencia derivadas

54. Cfr. Vid., A. De la Oliva Santos, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil…*, cit., pp. 736 y ss.

de la contradicción y, en consecuencia, debe dar a ambas partes la posibilidad de participar en la práctica de las pruebas.

4.3. La adopción de medidas cautelares de oficio

Es de sobra conocido que las medidas cautelares resultan esenciales para garantizar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en un proceso declarativo. Como regla general, será el demandante quien, bajo su responsabilidad, podrá instar la tutela cautelar. No se admite, por tanto, que el tribunal acuerde de oficio medida cautelar alguna, salvo lo dispuesto con carácter excepcional para algunos procesos especiales (artículo 721 de la LEC).

Sin embargo, se ha planteado ante el Tribunal de Justicia si la adopción de oficio de medidas cautelares resulta necesaria para garantizar la protección del consumidor. La respuesta a una cuestión de tanta trascendencia se ha reflejado en un Auto de 26 de octubre de 2016, asunto Fernández Oliva (C-568/14 a C-570/14).

Los hechos de los que ese Auto trae causa son a grandes rasgos los siguientes: ante el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona estaban pendientes tres procesos iniciados por tres consumidores diferentes que, al amparo de la Directiva 93/13, pedían la declaración de nulidad de la cláusula suelo incorporada a sus contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Paralelamente, había un proceso colectivo en el que una asociación de consumidores y usuarios había ejercitado una acción de cesación en relación con la cláusula suelo. Los bancos demandados en los procesos individuales instaron su suspensión por prejudicialidad en virtud del artículo 43 de la LEC y, en defecto de suspensión, solicitaron el sobreseimiento por litispendencia al concurrir, según su criterio, la identidad de objetos del artículo 421.1 de la LEC.

El juzgado barcelonés preguntó sobre la compatibilidad del artículo 43 de la LEC con la Directiva 93/13, si bien retiró las preguntas relativas a esta cuestión después de que se diera respuesta a las mismas en la Sentencia Sales Sinués[55]. Adicional-

---

55. El Tribunal de Luxemburgo en la Sentencia de 14 de abril de 2016, asuntos Sales Sinués y Drame Ba (C-381/14 y C-385/14), concluyó lo siguiente: «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

mente, el órgano remitente planteó si el artículo 721.2 de la LEC se opone al artículo 7 de la Directiva 93/13, en la medida en que no permite al juez ante el que pende un proceso entablado por un consumidor individual adoptar de oficio medidas cautelares a la espera de que se resuelva la acción colectiva. En concreto, la medida cautelar que el juez consideraba oportuno adoptar de oficio era la suspensión de los efectos económicos de la cláusula suelo impugnada.

De conformidad con el artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del TJUE, el Tribunal decidió resolver las cuestiones planteadas por medio de auto (y, por tanto, sin opinión del Abogado General), porque, en su criterio, las respuestas se deducían claramente de su jurisprudencia anterior.

El planteamiento de la cuestión prejudicial tomaba como premisa que la legislación procesal española obliga a condicionar los procesos individuales incoados por los consumidores a la decisión de la acción colectiva sobre la misma cláusula abusiva. Esta circunstancia perjudica a los consumidores que habían optado por la tutela individualizada, pues el procedimiento podía resultar excesivamente largo y la negativa de la legislación procesal a la adopción de medidas cautelares de oficio por los órganos jurisdiccionales podría menoscabar la protección prevista en la Directiva 93/13.

El Tribunal de Justicia afirma que el artículo 721, apartado segundo, de la LEC impide al consumidor recibir una protección temporal para mitigar los efectos negativos de la excesiva duración del procedimiento judicial, salvo en el supuesto de que haya solicitado expresamente la adopción de medidas cautelares. Sin embargo, habida cuenta de la complejidad del régimen nacional en lo que se refiere a las relaciones entre las acciones individuales y las colectivas, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor interesado no solicite tales medidas, y ello aunque puedan concurrir los requisitos de fondo que el Derecho interno exige para la concesión de las mismas, bien porque lo ignore, bien porque no sea consciente del alcance de sus derechos.

Con el prisma del principio de efectividad, el Tribunal de Justicia estima que el régimen procesal descrito puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección del consumidor. Si el juez no puede adoptar medidas cautelares de oficio y el consumidor no ha solicitado expresamente la adopción de una medida para suspender los efectos de la cláusula suelo a la espera de que se dicte sentencia firme en relación con la acción colectiva, el consumidor se verá obligado a abonar a lo largo del proceso, que se puede alargar excesivamente en el tiempo, unas cuotas

---

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».

superiores a las que le corresponderían si se excluyera la cláusula abusiva. Y esto conlleva un riesgo adicional de que el consumidor no tenga capacidad de pago y las entidades financieras inicien procesos de ejecución hipotecaria con el fin de obtener el pago de las cantidades debidas. La protección del consumidor resulta, en tales circunstancias, incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado para que cese el uso de cláusulas abusivas[56].

Con estos argumentos es fácil comprender que la respuesta del Tribunal de Justicia sea que «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 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».

Como ya se ha adelantado, es el principio de efectividad la piedra angular en torno a la gira la vulneración del Derecho de la Unión por hacer imposible o muy difícil la eficacia de los derechos reconocidos a los consumidores en la Directiva 93/13. Sin duda la valoración de la posible vulneración del principio de efectividad debe hacerse caso por caso, pero no en abstracto sino en atención al lugar que ocupa la disposición en cuestión en el contexto del sistema procesal de cada Estado[57].

A la vista de lo anterior se puede afirmar que en el Auto Fernández Oliva el Tribunal de Luxemburgo apreció la vulneración del principio de efectividad sobre la base de cinco premisas: primera, la gran complejidad del procedimiento nacional, en especial en lo que se refiere a las relaciones entre las acciones individuales y colectivas; segunda, esa complejidad entraña un riesgo de que el consumidor no solicite medidas cautelares, bien porque ignore que puede solicitarlas o porque no sea cons-

---

56. El Tribunal de Justicia apoya su hilo argumental en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz (C-415/11), donde ya afirmó que la Directiva 93/13 se opone a una normativa que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de las cláusulas que constituyen el fundamento del título ejecutivo y tampoco permite al juez que conoce del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esas cláusulas, adoptar medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su resolución final.

57. Cfr. STJCE de 13 de marzo de 2007, asunto Unibet (C-432/05), apartado 54, en la que se afirma: «cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales».

ciente del alcance de sus derechos; tercera, el proceso individual puede resultar excesivamente largo a la espera de que se decida sobre la acción colectiva pendiente; cuarta, el artículo 721 de la LEC impide al juez suplir la falta de conocimiento del consumidor para protegerle de la cláusula potencialmente abusiva mientras dura el proceso; y, quinta, esta situación puede desembocar en una ejecución hipotecaria en la que el consumidor puede perder su vivienda habitual por carecer de capacidad económica para abonar las cantidades derivadas de la cláusula potencialmente abusiva.

De estas premisas hay algunas que o son erróneas o, al menos, requieren alguna matización. Desde la STC 148/2016, de 19 de septiembre, es claro que la suspensión del proceso instado por el consumidor que ha optado por una tutela individual de sus derechos a la espera del resultado de una acción colectiva es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia. Es, por tanto, erróneo ampararse en esa suspensión para considerar vulnerado el principio de efectividad.

Pero aún hay más. En el caso de que se incoara un proceso de ejecución hipotecaria contra el consumidor, tras las reformas operadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y la Ley 42/2015, de 5 de octubre, el juez está obligado ex artículo 552 de la LEC a controlar de oficio la concurrencia de cláusulas abusivas antes de despachar ejecución y el consumidor puede oponerse a la ejecución, con efectos suspensivos, amparándose en el carácter abusivo de la cláusula que fundamenta la ejecución o que determina la cantidad exigible, tal y como dispone el artículo 695 de la LEC.

A la vista de lo anterior resulta, cuanto menos, discutible que la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz (C-415/11), y en el Auto de 14 de noviembre de 2013, asunto Banco Popular Español y Banco de Valencia (C-537/12 y C-116/13), en la que se apoya el Tribunal en el Auto Fernández Oliva, constituya un sólido fundamento para apreciar la vulneración del principio de efectividad.

En efecto, en la Sentencia Aziz y en el Auto Banco Popular Español y Banco de Valencia, el Tribunal de Luxemburgo consideró contrario a la Directiva 93/13 la normativa española sobre la base de dos consideraciones. La primera que, en el marco del proceso de ejecución hipotecaria, no permite examinar, ya sea de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contendía en el contrato que constituye el fundamento del título ejecutivo. La segunda, que no permite al juez que conoce del proceso declarativo, único competente en ese momento para apreciar el carácter abusivo de esas cláusulas, adoptar medidas cautelares «en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su resolución final». Sin embargo, tras las reformas sucesivas de la LEC, la situación ha cambiado y ya no

será necesaria acudir a un proceso declarativo para que se declare la nulidad de la cláusula abusiva sino que esto se puede hacer de oficio o a instancia de parte en el propio proceso de ejecución hipotecaria.

Por tanto, un examen más detallado del ordenamiento español en cuyo contexto debe valorarse la vulneración del principio de efectividad nos lleva a considerar que solo la ignorancia o la impericia del consumidor en lo que se refiere a la solicitud de medidas cautelares podría conducir a una inadecuada tutela de los derechos que le corresponden conforme a la Directiva 93/13. Esto aún podría verse matizado si se piensa que el consumidor estará asistido de abogado. La situación de inferioridad del consumidor frente al empresario o profesional a la hora de contratar no siempre se verá reflejada en el proceso y, en particular, podrá mitigarse cuando el consumidor esté asistido de abogado. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha repetido en diversas ocasiones que la asistencia letrada no repercute en modo alguno en los poderes de actuación de oficio del juez en defensa de los derechos de los consumidores[58].

En el caso Fernández Oliva, como en tantos otros, el Tribunal de Justicia no dispuso de una información adecuada sobre las peculiaridades del ordenamiento español como para poder valorar con mayor solvencia la realidad de las cosas. Sin embargo, no podemos aventurar si con una mejor información la decisión hubiera sido distinta. Y ello porque es difícil adivinar el alcance que el máximo intérprete del Derecho de la Unión quiere atribuir al principio de efectividad.

No cabe duda de que la protección de los consumidores frente a posibles prácticas abusivas de los empresarios o profesionales constituye un objetivo esencial dentro de la Unión Europea. Esto es lo que justifica la ampliación de los poderes de actuación de oficio del juez hasta el punto de prescindir de las normas o principios de los sistemas procesales nacionales que le impiden esa actuación. En este sentido, lo que el Tribunal de Justicia parece entender a la luz de su jurisprudencia es que los jueces nacionales, como autoridades estatales, tienen el deber de «poner los medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas», tal y como dice el artículo 7 de la Directiva 93/13. Este deber se concreta en una extensión de los poderes de dirección del juez en el proceso con independencia de lo que disponga la legislación procesal interna de cada Estado[59].

---

58. Cfr., las SSTJUE de 4 de octubre de 2007, asunto Rampion y Godard (C-429/05); de 4 de junio de 2015, asunto Faber (C-497/13) o de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17).

59. En el mismo sentido, A. Martínez Santos, «Tutela cautelar frente a posibles cláusulas abusivas: el Auto del TJUE de 26 de octubre de 2016, en los asuntos acumulados C-568 a C-570/14, Fernández Oliva», en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute* / A. Ruda González y C. Jerez Delgado (dir.), Vol. 1, ed. Sepin, Madrid, 2020 pp. 593 y 594.

El problema, sin embargo, es que en ocasiones esa extensión de los poderes de actuación de oficio del juez se hace de tal manera que genera nuevas dudas e incertidumbres dentro de los ordenamientos internos. Así, en el caso concreto de las medidas cautelares de oficio a las que se refiere el Auto Fernández Oliva resulta dudoso cuál puede ser su impacto en el ordenamiento español y, por extensión, en el de otros Estados de la Unión. Esta decisión se puede interpretar en el sentido de que siempre que se suspenda el proceso civil individual sobre cláusulas abusivas, el juez nacional está obligado a valorar si acuerda de oficio una medida cautelar y, en concreto, si suspende la eficacia de la cláusula cuestionada mientras el proceso se mantenga en suspenso. En tal caso, el impacto de este Auto sería limitado a un caso muy concreto.

Pero, también podría darse un paso más e interpretar que el juez nacional debe valorar de oficio la adopción de medidas cautelares siempre que sea «un medio adecuado y eficaz», utilizando los términos del artículo 7 de la Directiva 93/13, para proteger al consumidor frente a los efectos perjudiciales de cláusulas potencialmente abusivas. En ese caso, su impacto sería mucho mayor.

A las anteriores dudas hay que sumarle otras tantas en el plano del derecho nacional. Así, si se adoptan medidas cautelares de oficio, ¿qué sucede con la caución? Se puede suponer que no se exigirá caución al consumidor. Y esto es así al menos por dos razones. La primera porque el consumidor no ha solicitado la medida cautelar. La segunda porque esa exigencia de caución podría interpretarse como un obstáculo más para la efectividad de los derechos del consumidor. En este sentido, si uno de los argumentos del Tribunal de Justicia en Fernández Oliva es el de las dificultades económicas que puede tener el consumidor para hacer frente a las cantidades debidas en aplicación de las cláusulas potencialmente abusivas, la caución puede ser un obstáculo más que puede impedir la eficacia de los derechos reconocidos en el Directiva 93/13. Esta conclusión ser refuerza a la vista de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 2022, asunto IO (C-725/19), en la que se afirma que la exigencia de fianza a un consumidor para adoptar una medida cautelar de suspensión de un proceso de ejecución en tanto se desarrolla un proceso declarativo para decidir sobre una cláusula potencialmente abusiva puede desincentivar al consumidor de defender sus derechos. Entonces, ¿quién asumirá los daños y perjuicios en el caso de que finalmente se desestime la pretensión del consumidor?

Y, en el plano de la congruencia, si el consumidor hubiera solicitado una medida cautelar, ¿podrá el juez acordar de oficio otra distinta si considera que es más eficaz para garantizar sus derechos? No tenemos respuesta para la primera cuestión planteada, pero la segunda parece a la vista de la jurisprudencia europea que debe responderse afirmativamente.

5. Bibliografía

AGUILERA MORALES, M., «El control de oficio de las cláusulas abusivas en sede de recurso: la próxima batalla ante el TJUE», en *Diario La Ley*, Nº 9378, Sección Doctrina, 15 de Marzo de 2019.

ARZOZ SANTISTEBAN, X., «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros de la Unión Europea: mito o realidad», en *Revista de Administraciones Públicas*, mayo-agosto, 2013, págs. 159 a 197.

BOBEK, M., «Why there is no Principle of «Procedural Autonomy» of the Member States», en *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Antwerp, Intersentia, 2011, pp. 305- 324.

CALAMANDREI, P., *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, Vol. I (Trad. SENTÍS MELENDO), EJEA, Buenos Aires, 1972.

CHIOVENDA. G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (traducción de E. Gómez Orbaneja,), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

CREMADES MORANT, J., *Ley de Enjuiciamiento Civil,* Vol. I, Ed. Sepin, Madrid, 2001.

DAMIÁN MORENO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* T.II, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del juez en el proceso civil*, Civitas, Navarra, 2012.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General* (con), Ed. Ramón Areces, Madrid, 2019.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte Especial,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Tercera edición, Madrid, 2016.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I; VEGAS TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con), Civitas, Madrid, 2011.

ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización,* Marcial Pons, Madrid, 2018

HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Extensión, límites y efectos de las resoluciones civiles según la interpretación jurisprudencial europea», en *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*, ed. Tirant lo Blanch, Murcia, 2018, pp. 209-238.

LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba,* Ed. La Ley, Madrid, 2001.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS. D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2020.

MARCOS GONZÁLEZ, M., *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Ed. Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2011.

MARTÍNEZ SANTOS, A., «Cuando Luxemburgo carga contra molinos de viento: algunas cautelas a la hora de recibir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la

Unión Europea en materia procesal civil», en *Revisión del sistema de Fuentes y su repercusión en el Derecho procesal*, Dykinson, Madrid, 2021.

Martínez Santos, A., «Tutela cautelar frente a posibles cláusulas abusivas: el Auto del TJUE de 26 de octubre de 2016, en los asuntos acumulados C-568 a C-570/14, Fernández Oliva», en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute* / A. Ruda González y C. Jerez Delgado (dir.), Vol. 1, ed. Sepin, Madrid, 2020, pp. 585-595.

Montero Aroca, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Muñoz Sabaté, LL., Fundamentos de la prueba civil. LEC 1/2000, Bosch, Barcelona, 2001.

Pérez Daudí, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, ed. Atelier, Barcelona, 2018.

Picó I Junoy, J., «*La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites»,* en *Poder Judicial*, 1998, nº 51*,* pp. 13-28.

Piva, P., *Il principio di effettività della tutela giurisprudenziale del diritto dell'Unione europea*, ed. Jovene, Nápoles, 2012.

Quesada López. P.M., *El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y su impacto en el Derecho procesal nacional*, Iustel, Madrid, 2019.

Seoane Spiegelberg, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones,* Aranzadi Editorial, Navarra, 2002.

Serrano Masip, M., «*La intervención del tribunal ante la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes»,* en *La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2004, pp. 1867-1875.

Vázquez Iruzubieta, C., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil. Doctrina y jurisprudencia de la ley 1/2000, de 7 de enero*, Dijusa, Madrid, 2000.

Vázquez Sotelo, J.L., *Las diligencias finales*, en Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000», Vol. II, Dijusa, Barcelona, 2000.

Capítulo 12 | Análisis comparativo de los procesos europeo y español para las demandas de escasa cuantía. ¿La europeización del juicio verbal?

*Alicia Bernardo San José**

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA. 2.1. Ámbito de aplicación. 2.2. Elementos definitorios generales. 2.2.1. *Proceso escrito y articulado a través de formularios normalizados.* 2.2.2. *Proceso sin abogados*. 2.2.3. *Uso de la tecnología para la celebración de las vistas y la práctica de la prueba*. 2.2.4. *Notificación electrónica de documentos y otras comunicaciones escritas.* 2.2.5. *Reconocimiento y ejecución automático de la sentencia en otro Estado miembro*. 2.2.6. *Otros elementos para simplificar, agilizar y reducir los costes del proceso.* 2.3. La aplicación del proceso europeo de escasa cuantía en España. 2.3.1. *Información facilitada por España a la Comisión Europea.* 2.3.2. *Estadísticas españolas sobre el proceso europeo de escasa cuantía.* 2.3.3. *Jurisprudencia (menor) española sobre el proceso europeo de escasa cuantía.* 2.4. Problemas y evaluación. 3. LOS LITIGIOS DE ESCASA CUANTÍA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA. 3.1. El juicio verbal por razón de la cuantía. 3.1.1. *Caracteres generales del procedimiento: oralidad, concentración e inmediación*. 3.1.2. *Desarrollo del procedimiento*. 3.2. ¿Es el juicio verbal un proceso eficiente para la litigación de escasa cuantía? 3.3. ¿Debe adaptarse el juicio verbal al proceso europeo de escasa cuantía para ser más eficiente? 4. LA REFORMA DEL JUICIO VERBAL PREVISTA EN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA. 4.1. Las modificaciones proyectadas para el juicio verbal. 4.2. La europeización del juicio verbal. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

§. La capacidad de un sistema jurídico de permitir un verdadero acceso eficaz de todos los ciudadanos a la justicia en caso de lesión de sus derechos e intereses no se demuestra en los litigios de elevada cuantía en los que las partes cuentan con los medios necesarios para afrontar procesos jurisdiccionales complicados, largos y costosos, sino que donde verdaderamente se pone a prueba es en aquellos liti-

*. Profesora Titular de Derecho Procesal — Universidad Complutense de Madrid.

gios en los que la cantidad reclamada o la cuantía litigiosa es pequeña, las *small claims,* litigios que nos afectan a todos.

No hay duda de que la escasa cuantía económica de un litigio puede disuadir al ciudadano de emprender acciones legales si tiene la sensación de que el coste económico y personal de solventar la controversia ante los tribunales no va a compensar el valor de lo que se puede llegar a obtener en el proceso en caso de vencer. Asimismo, la escasa cuantía puede convertirse en un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho de defensa de los potenciales demandados. Y tampoco hay duda de que la mejor forma de eliminar o, al menos, mitigar esa comprensible sensación disuasoria pasa por articular procesos jurisdiccionales adecuados para este tipo de litigios, a través de los cuales se pueda activar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

Tomarse el acceso a la justicia en serio exige, pues, ofrecer procesos jurisdiccionales adecuados para las reclamaciones de escasa cuantía: procesos sencillos, rápidos y poco costosos, que salven los obstáculos e inconvenientes que disuaden a los ciudadanos a la hora de exigir judicialmente aquello que les corresponde, orientados a conseguir decisiones de calidad. En otras palabras, procesos de escasa cuantía *eficientes*, tanto en términos de tiempo y dinero como en términos de calidad de la decisión final.

§. En mayor o menor medida, la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea se ocupan de las reclamaciones de menor cuantía de forma específica: en algunas ocasiones, atribuyendo su conocimiento a una determinada categoría de tribunales (tribunales de escasa cuantía) o a tribunales compuestos por jueces legos; en otras, articulando procedimientos específicos para la tramitación simplificada y acelerada de este tipo de reclamaciones; y, a veces, combinando ambas opciones. En Italia, por ejemplo, las demandas de escasa cuantía se atribuyen a los Jueces de Paz, que son jueces legos que se sitúan en la base de la pirámide judicial, pero no se prevé ningún procedimiento simplificado y acelerado para su tramitación, debiendo seguirse en estos casos el procedimiento ordinario[1]. En Alemania, Francia, Irlanda, Suecia, Austria, Finlandia y España existen procesos jurisdiccionales *simplificados* para las demandas de escasa cuantía, creados con el fin de eludir los obstáculos de los procesos jurisdiccionales ordinarios, generalmente demasiado costosos, excesivamente lentos y sumamente complicados. Nótese que cuanto más escasa es la cuantía, mayor es la incidencia de estos obstáculos, puesto que los costes, retrasos e inconvenientes procesales no siempre disminuyen proporcionalmente a la cuantía del litigio.

---

1. Francia, Irlanda, Países Bajos, Polonia y Suecia también han adoptado disposiciones específicas de competencia.

Las opciones de simplificación de las normas procesales en los procesos nacionales de escasa cuantía existentes en algunos de los Estados miembros de la Unión Europea son muy variadas y alcanzan a todas las fases del procedimiento, a saber: i) la intervención de abogado no es obligatoria en ningún Estado miembro; ii) no se exige tampoco que la demanda incluya una valoración jurídica; iii) en muchos casos, se facilita la interposición de la demanda, generalmente a través de un formulario normalizado estándar que pueda rellenarse muy fácilmente y se limite a los elementos absolutamente esenciales; iv) en algunos Estados miembros se prevé incluso una ayuda o asistencia práctica a través de las oficinas judiciales para la cumplimentación del formulario; v) en la mayor parte de los Estados, el juez presta ayuda durante el proceso a la parte no representada por abogado, especialmente en las cuestiones procesales, observando siempre el principio de imparcialidad; vi) en casi todos los procesos de escasa cuantía se flexibilizan también las normas referentes a la diligencia de la prueba, ya sea a través de la admisión de declaraciones escritas de partes y/o testigos, la utilización de la videoconferencia o, incluso, dejando la admisión de ciertos medios de prueba específicos a la discrecionalidad del juez; vii) algunos Estados miembros contemplan la posibilidad de un procedimiento puramente escrito y otorgan al juez la facultad de denegar la solicitud de celebración de vista oral; y viii) la flexibilización de las normas referentes al contenido de la sentencia, así como la exclusión o restricción de la posibilidad de recurrirla son otras de las características que encontramos en los procesos de escasa cuantía existentes.

§. En el caso de España, dejando al margen la irrelevante competencia de los Jueces de Paz —legos en Derecho— para conocer de los asuntos civiles de cuantía no superior a 90 euros que no estén comprendidos en ninguno de los casos a que, por razón de la materia, se refiere el art. 250.1 (art. 46 LEC), no existen normas especiales de competencia jurisdiccional para las demandas de escasa cuantía, de modo que, aplicando las normas generales, su conocimiento en primera instancia corresponderá bien a los Juzgados de Primera Instancia (art. 45 LEC), bien a los Juzgados de lo Mercantil cuando la reclamación se refiera a alguna de las materias para las que tienen competencia *ex* art. 86 ter LOPJ, como es el caso de las reclamaciones en materia de transportes, nacional o internacional, que suelen ser de escasa cuantía (sobre todo, en materia de transporte aéreo como consecuencia de retrasos en el vuelo, perdida de enlaces con otros vuelos o de equipaje).

Sí contamos en España, en cambio, con un procedimiento simplificado para las demandas cuya cuantía no exceda de 6000 euros —el juicio verbal—, un proceso algo más sencillo, rápido y con menos costes que el juicio ordinario, en el que, una vez presentados los escritos de alegaciones de las partes, el tribunal sin más trámites cita a las partes a una vista, en la que de forma oral y concentrada se sustancian todas las demás actuaciones procesales; procedimiento que se simplifica aún más cuando la cuantía de la demanda no exceda de 2000 euros, en cuyo

caso las partes no están obligadas a actuar con abogado y procurador, pueden presentar sus escritos de alegaciones a través de modelos normalizados e, incluso, presentarlos telemáticamente a través de la Sede Judicial Electrónica del Ministerio de Justicia, y se suprime la posibilidad de recurrir la sentencia que ponga fin al proceso.

§. Por su parte, hace ya mucho tiempo que el legislador europeo se planteó también la necesidad de establecer unas normas de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de escasa cuantía en materia de consumo o de índole mercantil, un área en la que es particularmente importante racionalizar los procedimientos y limitar sus costes para evitar que el enjuiciamiento de estas demandas llegue a ser económicamente irrazonable. Es bastante evidente que los obstáculos procesales para la obtención de una sentencia rápida y poco costosa —costes, retrasos e inconvenientes— aumentan claramente cuando los litigios de escasa cuantía se producen en asuntos transfronterizos, algo cada vez más frecuente dentro del territorio de la Unión Europea como consecuencia del ejercicio de los derechos de libre circulación de personas, mercancías y servicios consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 26.2). El desconocimiento del ordenamiento jurídico de otro Estado miembro y la consiguiente necesidad de consultar a un abogado, el largo plazo de notificación de los documentos judiciales a las partes en un Estado miembro distinto del Estado del proceso, los gastos de traducción e interpretación, así como los de desplazamientos al extranjero de litigantes, testigos o abogados, no son más que los factores más visibles que complican las vidas de los acreedores en asuntos transfronterizos. En un auténtico Espacio Europeo de Justicia no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos de los Estados miembros impida a personas y empresas ejercer sus derechos o las disuada de ejercerlos.

Convencido de la necesidad de emprender una acción en este ámbito específico del procedimiento civil, el legislador europeo aprobó el Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, con el fin de simplificar, acelerar y reducir los costes de las demandas de escasa cuantía en asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil. Este proceso europeo, al que el legislador decidió dar un carácter meramente opcional y no obligatorio, se creó para proporcionar a los ciudadanos de la Unión Europea, así como a las pequeñas y medianas empresas, un instrumento ágil y más ventajoso que el que pudieran ofrecer las legislaciones nacionales para reclamar sus créditos transfronterizos de forma eficiente y a un coste aceptable. Sin embargo, este instrumento, que fue considerablemente mejorado en 2015, se ha utilizado mucho menos de lo que se esperaba y ha permanecido bastante desconocido en la práctica, incluso hasta el día de hoy, más de 15 años después de su creación.

§. Pues bien, este trabajo tiene como objeto efectuar un análisis comparativo de los procesos europeo y español para la litigación de escasa cuantía que nos permita concluir si el proceso español, el juicio verbal, se aproxima o se aleja del modelo europeo, y en qué medida lo hace. El análisis del proceso europeo de escasa cuantía tiene, pues, un carácter netamente instrumental: es preciso conocer primero los elementos esenciales definitorios del proceso europeo con los que se pretende simplificar, acelerar y reducir los costes de los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos, para confrontarlos después con los elementos esenciales del juicio verbal con los que el legislador español pretende salvar los obstáculos e inconvenientes que el proceso jurisdiccional ordinario representa para las reclamaciones de escasa cuantía. Una vez realizado el estudio comparativo de ambos modelos, se estará ya en buenas condiciones para plantearse la conveniencia o no de europeizar el proceso español para la escasa cuantía, esto es, adaptarlo al modelo europeo en aquellos aspectos en los que diverjan.

En relación con el juicio verbal, el análisis no se limitará a la regulación vigente de esta clase de proceso declarativo, sino que también se examinará la reforma que de este proceso lleva a cabo el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia que en estos momentos se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados. Se trata de una reforma que introduce cambios importantes en el juicio verbal y en la que claramente se percibe la influencia del proceso europeo de escasa cuantía. En efecto, cabe adelantar que el Proyecto de Ley europeíza el juicio verbal en algunos aspectos esenciales hasta el punto de llegar a desnaturalizarlo: se prevé un juicio *verbal* tramitado íntegramente por *escrito*.

§. Hay que señalar que no son objeto específico de este trabajo los litigios en materia de consumo, aunque muchos de ellos suelan tener una escasa cuantía económica. Ciertamente, los acreedores prototípicos de los créditos de escasa cuantía son los consumidores y, consecuentemente, son estos también los demandantes prototípicos de escasa cuantía. Sin embargo, los procesos jurisdiccionales que constituyen el objeto de este trabajo, tanto el europeo como el español, no están reservados en exclusiva para los consumidores, sino para cualesquiera litigantes de escasa cuantía, sean consumidores o sean personas físicas o jurídicas que actúan en el ámbito propio de su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Por ello, no serán objeto de estudio en este trabajo las normas procesales que en materia de consumo tienen como objetivo compensar procesalmente el desequilibrio de posiciones que suele existir, fuera del proceso, entre las partes, y que puede disuadir al consumidor de emprender acciones legales contra el empresario. Me refiero, entre otras, a las normas especiales de competencia que buscan acercar el proceso judicial al domicilio del consumidor, tanto en el plano internacional como en el interno, o a las normas especiales que buscan distribuir de manera más realista la carga de la prueba en los procesos promovidos por los consumidores, con frecuencia sobre la base de la inversión de la carga de la prueba.

§. Antes de empezar, tampoco está de más señalar que el concepto de *small claims* es un concepto relativo. No existe un umbral cuantitativo absoluto por debajo del cual pueda afirmarse que la cantidad reclamada o la cuantía litigiosa es «escasa». El legislador europeo, hasta el momento, lo ha fijado en 5000 euros, y en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea existen umbrales distintos que varían considerablemente entre sí, llegándose en algún caso incluso a triplicar el umbral europeo.

2. El proceso europeo de escasa cuantía

§. En el acervo del Derecho Procesal Civil Europeo, los litigios de escasa cuantía constituyen el objeto de un instrumento normativo específico, el Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía[2].

Este Reglamento (en adelante, RPEEC), establece un proceso declarativo europeo contradictorio para demandas de escasa cuantía en asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil, con el fin de simplificar, acelerar y reducir los costes de estos litigios (art. 1, párr. primero). Asimismo, elimina los procedimientos intermedios necesarios para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias dictadas en procesos europeos de escasa cuantía en otros Estados miembros distintos de aquél en el que se dictaron (art. 1, párr. segundo).

Se trata de un proceso autónomo, uniforme y común para todos los Estados miembros, aunque el RPEEC no regula todos los aspectos del proceso de forma completa y exhaustiva. De este modo, en todo lo no previsto expresamente por las disposiciones del RPEEC, el proceso europeo de escasa cuantía se regirá por la legislación procesal del Estado miembro en el que se desarrolle el proceso (art 19)[3]. Es, además, un proceso opcional, facultativo o no excluyente, es decir, un proceso que se añade como alternativa a los procesos nacionales previstos por las legislaciones de los Estados miembros para las demandas de escasa cuantía (art. 1). Luego, aunque el asunto se encuentre dentro del ámbito de aplicación del RPEEC, el demandante puede acudir al proceso nacional de escasa cuantía —en España, el juicio verbal— si por cualquier razón no desea que la demanda se tramite a través del proceso europeo.

---

2. *DO* L 199 (31 de julio de 2007). Este Reglamento entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y es aplicable desde el 1 de enero de 2009, excepto el art. 25, aplicable a partir del 1 de enero de 2008 (art. 29).

3. En el caso de España, por las normas reguladoras del juicio verbal de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo con lo previsto en su DF 24.ª

§. Nótese, que el instrumento jurídico elegido por el legislador europeo para introducir en los ordenamientos nacionales el proceso europeo de escasa cuantía no es una Directiva, que podía haberse limitado a obligar a los Estados miembros vinculados en cuanto al resultado que debía conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, sino un Reglamento, de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros (art. 288 TFUE). Por tanto, desde la fecha de aplicación del RPEEC, 1 de enero de 2009, todos los Estados miembros de la Unión Europea, salvo Dinamarca[4], cuentan en sus ordenamientos jurídicos con un proceso civil más, de factura completamente europea, pensado para las demandas transfronterizas de escasa cuantía.

§. Desde su entrada en vigor, el RPEEC ha sido modificado en tres ocasiones: la primera, por el Reglamento (UE) n.º 517/2013 del Consejo de 13 de mayo de 2013[5]; la segunda y más relevante, por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015[6] y la tercera, por el Reglamento Delegado (UE) 2017/1259 de la Comisión de 19 de junio de 2017[7].

§. El RPPEC no contiene normas especiales para la determinación del tribunal competente para conocer del proceso europeo de escasa cuantía, ni siquiera en el plano internacional. En consecuencia, la competencia internacional se regirá de modo general por el Reglamento (UE) n.º 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis)[8]. En este punto, comoquiera que muchos de los litigios de escasa cuantía son al mismo tiempo litigios en materia de consumo, conviene recordar que el Reglamento Bruselas I bis contiene normas especiales de competen-

---

4. Dinamarca, de conformidad con los arts. 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Unión Europea, no participa en la aprobación del RPEEC y, por tanto, no está vinculada por este ni sujeta a su aplicación (Considerando 38 del RPEEC y Considerando 26 del Reglamento (UE) 2015/2421, por el que se modifica el RPEEC).

5. *DO* L 158 (10 de junio de 2013). Reglamento (UE) n.º 517/2013 del Consejo, de 13 de mayo de 2013, por el que se adaptan determinados Reglamentos y Decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de sociedades, la política de competencia, la agricultura, la seguridad alimentaria, la política veterinaria y fitosanitaria, la política de transportes, la energía, la fiscalidad, las estadísticas, las redes transeuropeas, el poder judicial y los derechos fundamentales, la justicia, la libertad y la seguridad, el medio ambiente, la unión aduanera, las relaciones exteriores, la política exterior, de seguridad y defensa y las instituciones, con motivo de la adhesión de la República de Croacia.

6. *DO* L 341 (24 de diciembre de 2015). Reglamento por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n.º 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo.

7. *DO* L 182 (13 de julio de 2017). Reglamento por el que se sustituyen los anexos I, II, III y IV del Reglamento CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

8. *DO* L 351 (20 de diciembre de 2012).

cia en materia de contratos celebrados por los consumidores en beneficio del consumidor demandante (arts. 17 a 19), que con frecuencia podrá presentar la demanda antes los tribunales de su domicilio. Así, mientras que la acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio de la parte demandada o ante los de su propio domicilio (art. 18.1), la acción entablada por la otra parte contratante contra el consumidor solo podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor (art. 18.2). En cuanto al resto de los criterios de competencia, habrá que estar a lo dispuesto en la legislación nacional del Estado miembro ante cuyos tribunales deba o pueda presentarse la demanda.

2.1. Ámbito de aplicación

§. Dentro de su ámbito de aplicación espacial y temporal, el RPEEC se aplica a los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil[9], con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional (art. 2.1), salvo las exclusiones *ratione materiae* que prevé el propio Reglamento[10]. Si se presentara una demanda de proceso europeo de escasa cuantía no incluida en el ámbito de aplicación del RPEEC, el órgano jurisdiccional informará de ello al demandante y, si no desiste de la demanda, la tramitará de acuerdo con las normas procesales nacionales (art. 4.3).

Así pues, el RPEEC exige la concurrencia simultánea de dos requisitos especiales para acudir al proceso europeo de escasa cuantía: que el asunto sea de «escasa cuantía» y que sea «transfronterizo». A estos efectos, se considera que un litigio es

---

9. Como ha dicho el TJUE en muchas ocasiones, a fin de garantizar la aplicación equitativa y uniforme de los derechos y obligaciones derivados de los instrumentos pertinentes, el término «materia civil y mercantil» no puede interpretarse en relación con un único sistema jurídico, sino que debe ser objeto de una interpretación *autónoma* en Derecho comunitario, que debe hacerse a la luz, en primer lugar, de los objetivos que persigue el Reglamento y, en segundo lugar, de los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales.

10. De acuerdo con el art. 2.1 *in fine,* el RPEEC «no se aplicará, en particular, en materia fiscal, aduanera o administrativa ni de responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii)*». Tampoco se aplicará, según establece el art. 2.2. RPEEC, a los asuntos relativos a: «a) el estado y la capacidad jurídica de las personas físicas; b) los derechos de propiedad derivados de los regímenes matrimoniales o de los regímenes que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable a dichas relaciones; c) las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; d) los testamentos y las sucesiones, incluidas las obligaciones por causa de muerte; e) la quiebra, los procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; f) la seguridad social; g) el arbitraje; h) el Derecho laboral; i) los arrendamientos de bienes inmuebles, excepto las acciones sobre derechos pecuniarios; j) las violaciones del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación».

de escasa cuantía cuando «la cuantía de la demanda no exceda de 5000 EUR[11] en el momento en que el órgano jurisdiccional competente reciba el formulario de demanda, excluidos los intereses, gastos y costas»[12] (art. 2.1). Y se entiende que el asunto tiene carácter trasfronterizo cuando «al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto» (art. 3).

§. En relación con el primero de los requisitos, la escasa cuantía del litigio, es preciso hacer algunas observaciones: en primer lugar, hay que señalar que el proceso europeo de escasa cuantía no solo permite reclamaciones de deudas dinerarias por una cantidad que no exceda de 5000 euros, sino también reclamaciones no dinerarias cuyo valor económico no sobrepase dicho importe (por ejemplo, la entrega de mercancías y de otros bienes muebles o la ejecución de un contrato)[13]. Que esto es así no admite discusión: por un lado, por el tenor literal del art. 5.5 RPEEC, según el cual «si el demandado adujera en su respuesta que el valor de una demanda no pecuniaria supera el límite fijado en el artículo 2, apartado 1, el órgano jurisdiccional decidirá, en un plazo de 30 días tras el envío de la respuesta al demandante, si la demanda entra dentro del ámbito de aplicación del presente

---

11. Originariamente, el umbral cuantitativo del proceso europeo de escasa cuantía era de 2000 euros. Sin embargo, pronto se vio que este umbral era demasiado bajo y limitaba seriamente el acceso al proceso, en particular de las pequeñas y medianas empresas (PYME), cuyos litigios transfronterizos con otras empresas superan con creces esa cantidad. Por ello, en el Informe que la Comisión presentó al Parlamento Europeo el 19 de noviembre de 2013 sobre el funcionamiento del RPEEC, así como en la propuesta de Reglamento de modificación que acompañaba a dicho informe, la Comisión propuso elevar el umbral hasta 10000 euros, con el fin de mejorar el acceso a una solución judicial eficaz y eficiente de los litigios transfronterizos en los que son parte pequeñas y medianas empresas, lo que, a su vez, reforzaría la confianza en las transacciones y contribuiría a un mayor aprovechamiento de las oportunidades que ofrece el mercado interior. El Reglamento (UE) 2015/2421 por el que se modifica el RPEEC, acogió la propuesta de la Comisión de elevar el umbral cuantitativo, pero solo hasta 5000 euros. Al legislador europeo quizás le pudo la prudencia. Es cierto que un umbral demasiado bajo limita la relevancia del proceso europeo de escasa cuantía en la práctica, pero también que uno demasiado alto puede resultar problemático. La simplificación de las normas procesales solo está justificada en caso de que los gastos procesales sean desproporcionados al valor de la demanda. Un umbral demasiado alto puede ser un obstáculo para la introducción de simplificaciones procesales significativas con base en consideraciones relativas al derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.
A más tardar el 15 de julio de este año 2022, la Comisión, de conformidad con lo previsto en el art. 28 RPEEC —en la redacción dada a este precepto por el Reglamento (UE) 2015/2421—, habrá de presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un nuevo informe sobre el funcionamiento del RPEEC, que habrá de incluir una evaluación sobre si resulta adecuado un incremento adicional del actual umbral cuantitativo de 5000 euros. Ya veremos qué dice ese informe, pero todo apunta a que la Comisión insistirá en elevar el umbral a los 10000 euros, sobre todo si se tiene en cuenta la tendencia de los Estados miembros a elevar el nivel de los umbrales en los procesos judiciales nacionales simplificados previstos para las demandas de escasa cuantía.

12. Estas partidas de intereses, gastos y costas no computan para fijar la cuantía del litigio, pero sí pueden reclamarse en el proceso europeo de escasa cuantía (vid. el considerando 10 RPEEC y el Formulario de Demanda).

13. Incluso, como señala GASCÓN INCHAUSTI, F., «aunque pueda parecer más infrecuente, han de tener cabida asimismo por sus cauces pretensiones meramente declarativas o constitutivas (por ejemplo, demandas de nulidad o anulación de contratos), siempre que su valor económico no sobrepase el límite establecido» (cfr. «Un nuevo instrumento para la tutela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía», *Ius et Praxis,* año 14, n.º 1, 2008, pp. 167-197). https://eprints.ucm.es/id/eprint/26608/

Reglamento». Y, por otro lado, porque el campo 7 del Formulario de Demanda de proceso europeo de escasa cuantía, Formulario A, requiere expresamente que el demandante precise si se trata de una demanda pecuniaria o de otro tipo y, en este segundo caso, que fije el valor estimado de la demanda[14].

En segundo lugar, y aunque puede resultar una obviedad, no está de más señalar que el proceso europeo de escasa cuantía no se aplica a demandas que rebasen el umbral cuantitativo de 5000 euros, por muy sencillo que sea el litigio desde un punto de vista fáctico y/o jurídico. El RPEEC basa la noción de demandas de escasa cuantía en un criterio meramente cuantitativo, al margen de la simplicidad o complejidad fáctica y/o jurídica que presente el asunto.

Igualmente, conviene también advertir que no debe identificarse la escasa cuantía de un litigo con una pretendida simplicidad fáctica y/o jurídica de lo controvertido. Aunque en muchas ocasiones los litigios de escasa cuantía son también litigios sencillos, en el ámbito civil y mercantil propio del proceso que nos ocupa pueden darse asuntos de pequeño interés económico —no más de 5000 euros— que, sin embargo, presenten una eventual complejidad fáctica y/o una eventual complejidad de las cuestiones jurídicas que han de ser enjuiciadas en el proceso.

Para terminar con las observaciones relativas al primero de los requisitos, hay que hacer notar también que el proceso europeo de escasa cuantía no está pensado exclusivamente para las reclamaciones de consumo. Ciertamente, puesto que la mayoría de los litigios en materia de consumo son de escasa cuantía económica —no exceden de 5000 euros—, el proceso europeo de escasa cuantía resulta especialmente adecuado para los consumidores y son estos, por tanto, los demandantes prototípicos de este proceso europeo. No obstante, el RPEEC no restringe su ámbito de aplicación a las demandas en materia de consumo, sino que se aplica a todos los litigios de escasa cuantía, ya se trate de demandas de consumo o de índole mercantil. De hecho, como se ha señalado, la propuesta de la Comisión Europea de 2013 de elevar el umbral cuantitativo del proceso europeo de escasa cuantía de 2000 a 10000 euros, no se hizo pensando en los consumidores, puesto que la mayoría de sus demandas no superan los 2000 euros, sino en facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas al proceso para las que el umbral de 2000 euros resultaba demasiado bajo.

---

14. En las instrucciones que se dan en el propio Formulario de Demanda para cumplimentar el campo 7 puede leerse lo que sigue: «Demanda pecuniaria o de otro tipo: Deberá indicar si su demanda se refiere a dinero o a otra cosa (demanda no pecuniaria), por ejemplo, la entrega de bienes, y a continuación cumplimentar los campos 7.1 o 7.2 según corresponda. Si su demanda no es pecuniaria, sírvase cumplimentar el campo 7.2 e indicar en ella el valor estimado de su demanda. Si su demanda no es pecuniaria, deberá usted indicar si presenta una demanda secundaria de indemnización para el caso de que no pueda darse curso favorable a la demanda original».

§. El segundo requisito especial que exige el RPEEC es que se trate de un asunto transfronterizo (art. 2.1). Y el art. 3.1 define los asuntos transfronterizos como aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o resida habitualmente en un Estado miembro distinto de aquél al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del proceso. La determinación del domicilio a estos efectos habrá de hacerse acudiendo a los arts. 62 y 63 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 (art. 3.2). Y el momento determinante para apreciar si un asunto tiene carácter transfronterizo será la fecha en que el órgano jurisdiccional competente reciba el formulario de demanda (art. 3.3).

Esta definición de asuntos transfronterizos tan restrictiva limita mucho el ámbito de aplicación del proceso europeo de escasa cuantía. Por un lado, deja fuera de este proceso los litigios de escasa cuantía entre partes domiciliadas en el mismo Estado miembro, aunque tengan un importante componente transfronterizo, por ejemplo, por estar situado en otro Estado miembro el lugar de ejecución del contrato, producción del hecho dañoso o ejecución de la sentencia. En estos casos, si el demandante opta por presentar la demanda ante los tribunales del Estado miembro en el que ambas partes están domiciliadas, la opción natural, la demanda no podrá tramitarse por los cauces del proceso europeo de escasa cuantía. El proceso europeo solo será posible si el demandante presenta la demanda ante los tribunales del Estado miembro del lugar de producción del hecho dañoso o del lugar de ejecución de contrato, igualmente competentes en virtud de las normas de competencia internacional del Reglamento (UE) n.º 1215/2012. Y, por otro lado, esta definición impide también la presentación de demandas europeas de escasa cuantía ante órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea por demandantes o contra demandados domiciliados o con residencia habitual en un Estado no miembro de la Unión Europea, por ejemplo, las reclamaciones de los consumidores de la Unión Europea contra empresas situadas en un tercer país.

La Comisión Europea, en el ya mencionado Informe de 19 de noviembre de 2013 sobre la aplicación del RPEEC, consideró que esta definición tan restringida de asuntos transfronterizos era una de sus más importantes deficiencias y propuso abrir el proceso europeo de escasa cuantía a todos los asuntos con elemento transfronterizo, incluidos aquellos en los que sean parte terceros países. Así, la propuesta de Reglamento de modificación del RPEEC que acompañaba a dicho Informe suprimía directamente el art. 3 del RPEEC, que es el que contiene la definición de asuntos transfronterizos[15]. Sin embargo, el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parla-

15. En palabras de la Comisión, «cuando el demandante puede elegir (…) entre la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que el demandado y él están domiciliados y la competencia judicial del Estado miembro en que se ejecuta el contrato o se produjo el hecho dañoso, la elección efectiva del demandante en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio común no debe privarle de la posibilidad de acudir al proceso europeo de escasa cuantía, que de otro modo sería accesible. Además,

mento y del Consejo, por el que se modificó el RPEEC, no acogió esta propuesta de la Comisión y siguió manteniendo intacta la definición restringida de asuntos transfronterizos del art. 3 RPEEC.

Por su parte, el TJUE ha interpretado la definición de asunto transfronterizo del art. 3 RPEEC también de manera muy restrictiva. Así, en sentencia de 22 de noviembre de 2018, *ZSE Energía, a.s. y RG*, con intervención de *ZSE Energía CZ, s.r.o.*, C-627/17[16], el Tribunal de Luxemburgo, en relación con un proceso de escasa cuantía planteado ante un órgano jurisdiccional eslovaco en el que la parte demandante (*ZSE Energía, a.s*) y la parte demandada (*RG*) estaban domiciliadas en Eslovaquia e intervenía como parte coadyuvante del demandante una entidad domiciliada en la República Checa, ha declarado lo siguiente:

1.º) Que el concepto de «partes» del art. 3 RPEEC comprende únicamente las partes demandante y demandada del litigio principal, sin que la «parte coadyuvante» pueda ser considera parte a estos efectos. Por su interés, reproducimos el texto de la sentencia:

> «Primera cuestión prejudicial
>
> 21. Mediante la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 861/2007 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «partes» comprende únicamente las partes demandante y demandada del litigio principal o si se refiere también a la "parte coadyuvante" que, en su caso, comparezca en el proceso en apoyo de las pretensiones de una de las partes del litigio principal.
> 22. Con carácter preliminar, procede señalar que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 861/2007 no define el concepto de "partes" ni se remite, en este punto, al Derecho de los Estados miembros. Pues bien, según reiterada jurisprudencia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme (véase, en particular, la sentencia de 7 de agosto de 2018, Bichat y otros, C61/17, C62/17 y C72/17, EU:C:2018:653, apartado 29 y jurisprudencia citada).
> 23. En estas circunstancias, el concepto del "partes" que figura en el artículo 3, apartado 1, de dicho Reglamento debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión.

---

el proceso europeo de escasa cuantía debe ser también accesible para los asuntos sometidos a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE por o contra residentes de terceros países».

16. Esta sentencia de 2018 es una de las dos únicas sentencias en las que el TJUE ha resuelto cuestiones prejudiciales planteadas en relación con el RPEEC. La segunda, de 2019, se pronuncia sobre la interpretación del art. 16 RPEEC en materia de costas procesales.

24. A este respecto, debe observarse, de un lado, que el tenor del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 861/2007 no permite, por sí solo, excluir de forma indubitada que la "parte coadyuvante" esté también incluida en el concepto de "partes".
25. De otro lado, con respecto a las dudas planteadas por el órgano jurisdiccional remitente sobre la interpretación del concepto de "partes" con motivo de una eventual incoherencia en la versión eslovaca del Reglamento n.º 861/2007, procede de recordar que las disposiciones del Derecho de la Unión deben ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme a la luz de las versiones en todas las lenguas de la Unión. En caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión, esta debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en la que se integra (sentencia de 1 de marzo de 2016, Alo y Osso, C443/14 y C444/14, EU:C:2016:127, apartado 27).
26. En lo que concierne a la estructura general del Reglamento n.º 861/2007, cabe señalar, coincidiendo con el órgano jurisdiccional remitente, que este Reglamento trata únicamente de los derechos y obligaciones de las partes demandante y demandada del litigio principal. De esta manera, los formularios A y C que figuran en los anexos I y III del mismo Reglamento deben ser cumplimentados, respectivamente, por la parte demandante, esto es, el "demandante" en el caso del formulario A, y por la parte demandada, es decir, el "demandado", en el caso del formulario C. En cambio, a excepción de los epígrafes de los formularios que el Reglamento n.º 861/2007 reserva al órgano jurisdiccional competente, no se ha destinado ningún epígrafe para otras personas que, en su caso, estuvieran implicadas en el litigio principal.
27. Por lo tanto, de la estructura general del Reglamento n.º 861/2007 cabe inferir que no se ha contemplado la comparecencia de partes coadyuvantes en los litigios a los que dicho Reglamento resulta aplicable.
28. Tal apreciación resulta confirmada por el propio objetivo del Reglamento n.º 861/2007. En efecto, tanto los considerandos 7 y 8 como el artículo 1 de este señalan que la finalidad del proceso europeo, que es opcional, es triple. Lo que se persigue con dicho proceso es que los asuntos transfronterizos de escasa cuantía puedan tramitarse de un modo más sencillo, más rápido y menos costoso. Ahora bien, tal objetivo no podría alcanzarse si el procedimiento instaurado permitiera la intervención de una tercera persona, como, por ejemplo, una parte coadyuvante.
29. En este contexto, ha de recordarse igualmente, de forma coincidente con el Gobierno eslovaco y con la Comisión en sus observaciones, que el legislador de la Unión, al adoptar el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifica el Reglamento n.º 861/2007 (DO 2015, L 341, p. 1), expresó el deseo de no extender la definición de litigios transfronterizos, pese a la propuesta que formuló la Comisión en tal sentido [COM(2013) 794 final]. Dicha voluntad del legislador de la Unión resultaría quebrantada si para extender el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 861/2007 a un litigio como el que es objeto del procedimiento principal bastara con que una parte coadyuvante del referido litigio tuviera su domicilio en un Estado miembro distinto del de las partes demandante y demandada.

30. A la vista de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 861/2007 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «partes» comprende únicamente las partes demandante y demandada del litigio principal.».

2.º) Que un litigio en el que la parte demandante y la parte demandada tengan su domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro que aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto, no está comprendido en el ámbito de aplicación del RPEEC.

«Segunda cuestión prejudicial

31. Mediante la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, del Reglamento n.o 861/2007 deben interpretarse en el sentido de que un litigio se halla comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento cuando la parte demandante y la parte demandada están domiciliadas en el mismo Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional que conoce del asunto.
32. Sobre este punto, basta señalar que el artículo 2, apartado 1, del Reglamento n.º 861/2007 limita explícitamente el ámbito de aplicación de este a los litigios transfronterizos. El artículo 3, apartado 1, del citado Reglamento, tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia en el apartado 30 de la presente sentencia, define un litigio transfronterizo como aquel en el que la parte demandante o la parte demandada está domiciliada o tiene su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional que conoce del asunto.
33. Por consiguiente, un litigio como el que es objeto del procedimiento principal, en el que la parte demandante y la parte demandada están domiciliadas en el mismo Estado miembro que el del órgano jurisdiccional que conoce del asunto, no está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 861/2007.
34. A mayor abundamiento, cabe recordar que, según el considerando 8 del Reglamento n.º 861/2007, este último constituye un instrumento que se añade, si se cumplen los requisitos establecidos para su aplicación, a las posibilidades ya existentes en la legislación de los Estados miembros.
35. De este modo, la legislación procesal vigente en el Estado miembro en el que se tramita el proceso es la que debe aplicarse cuando una demanda no tiene cabida en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 861/2007. En tal situación, conforme al artículo 4, apartado 3, de este Reglamento, incumbe al órgano jurisdiccional remitente informar de ello al demandante y, si este último no desiste de la demanda, continuar las actuaciones de acuerdo con la legislación procesal nacional aplicable.
36. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, del Reglamento n.º 861/2007 deben interpretarse en el sentido de que un litigio como el que es objeto del procedimiento principal, en el que la parte demandante y la parte demandada tengan su domicilio o su residencia habitual en el mismo Estado miembro que aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto, no está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento».

2.2. Elementos definitorios generales

§. Como anteriormente se ha señalado, a los efectos del presente trabajo, nuestro interés por el proceso europeo de escasa cuantía tiene un carácter instrumental. La finalidad de examinar primero el proceso europeo no es otra que la de poder constatar cuáles son los elementos que el legislador europeo considera esenciales para simplificar y reducir los costes y la duración de los procesos de escasa cuantía en asuntos transfronterizos, con el objeto de poder comprobar después si estos elementos coinciden o no con los elegidos por el legislador español para el juicio verbal, nuestro proceso de escasa cuantía de carácter nacional. Por ello, nuestro interés no es tanto analizar con detalle el procedimiento del proceso europeo de escasa cuantía como destacar los rasgos esenciales que lo definen.

§. El legislador europeo ha diseñado un proceso simplificado cuyos elementos definitorios esenciales son los siguientes: i) se trata de un procedimiento escrito y articulado a través de formularios normalizados; ii) un procedimiento en el que no es preceptiva la intervención de abogados; iii) un procedimiento en el que se potencia el uso de las tecnologías de la comunicación a distancia para la celebración de vista oral, en los casos excepcionales en que haya de celebrarse, y para la práctica de la prueba; iv) un procedimiento en el que la notificación por medios electrónicos se sitúa en pie de igualdad con la notificación por correo postal; y v) un procedimiento cuya sentencia debe reconocerse y ejecutarse directamente en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea sin necesidad de procedimiento intermedio alguno.

Algunos de estos elementos están pensados especialmente para acelerar el proceso, otros para reducir sus costes y otros para conseguir que el proceso sea sencillo y de fácil acceso para personas sin especiales conocimientos jurídicos. En realidad, se trata de objetivos estrechamente interrelacionados, pues cuanto más sencillo y rápido sea un proceso, menos costes y gravámenes tendrá, tanto de tipo personal como material.

§. Por otra parte, antes de pasar a examinar estos elementos definitorios, no está de más recordar que el proceso europeo de escasa cuantía solo procede cuando el asunto tiene carácter transfronterizo. Se trata de un dato que no podemos dejar de tener presente en ningún momento porque es precisamente la conjunción de estos dos elementos, la escasa cuantía del litigio y el carácter transfronterizo del asunto, la que lleva al legislador europeo a diseñar el proceso de la manera en que lo hace. Algunas de sus decisiones no se entenderían si se prescinde del carácter transfronterizo del asunto. Y es importante tenerlo en cuenta, sobre todo a la hora de compararlo después con el proceso español para la escasa cuantía, pensado para asuntos meramente internos, sin perjuicio de que pueda también utilizarse para la reclamación de créditos transfronterizos.

2.2.1. *Proceso escrito y articulado a través de formularios normalizados*

§. El proceso europeo de escasa cuantía es esencialmente un procedimiento escrito (art. 5.1 RPEEC). El órgano jurisdiccional solo celebrará una vista oral cuando considere que no es posible dictar sentencia sobre la base de las pruebas escritas. Ciertamente, las partes podrán solicitar la celebración de vista oral, pero el órgano jurisdiccional podrá denegar motivadamente dicha solicitud si considera que la vista no es necesaria para el correcto desarrollo del procedimiento; denegación que no se podrá impugnar por separado de cualquier impugnación de la propia sentencia (art. 5.1 *bis* RPEEC).

Para el legislador europeo, pues, la escritura es un elemento esencial para eludir los obstáculos que presenta la litigación de escasa cuantía en un contexto transfronterizo, en el que al menos una de las partes tendrá su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel en el que se sigue el proceso. Y, ciertamente, hay que convenir con el legislador europeo que, en este contexto, la forma escrita de las actuaciones procesales, con sujeción a plazos breves, permite agilizar el proceso y, sobre todo, abaratarlo, reduciendo los costes económicos y personales vinculados a la celebración de vistas orales en otro Estado miembro, tales como los gastos de desplazamientos personales al extranjero, las indemnizaciones a sujetos de la prueba, la eventual necesidad de servirse de intérpretes y los honorarios de profesionales jurídicos, entre otros. El legislador europeo huye en este caso de la oralidad por razones puramente pragmáticas, para evitar las dificultades y los costes añadidos que comportan las actuaciones procesales orales cuando los procesos tienen carácter transfronterizo[17].

§. No obstante, la facultad que el RPEEC atribuye al órgano jurisdiccional de denegar la solicitud de celebración de vista oral puede plantear dudas a la luz de las garantías fundamentales del proceso justo que proclama el art. 6.1 CEDH, así como el art. 47, párr. 2, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ambos preceptos reconocen expresamente el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa y públicamente en todo proceso civil o penal, sin que ninguno de los dos preceptos contenga excepciones para los procesos de escasa cuantía. Nótese, que si el proceso se lleva a cabo sin vista oral no solo se abandona la oralidad sino también el principio de acceso público, con el que se pretende facilitar el control público del proceso y de las sentencias y, de este modo, garantizar la independencia e imparcialidad del juez. De ahí que una disposición procesal

---

17. Como acertadamente dice GASCÓN INCHAUSTI, F., «El legislador europeo acude a la escritura no porque la considere en sí misma mejor, sino porque es un instrumento más eficaz para evitar los costes añadidos de la oralidad en un ámbito transfronterizo» (cfr. «Algunas reflexiones acerca de la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado,* vol. VI, 2006, pp. 285-308). *https://eprints.ucm.es/id/eprint/23857/1/2006_Algunas_reflexiones_acerca_de_la_oralidad_y_la_prueba_en_el_proceso_europeo_de_escasa_cuant%C3%ADa.pdf*

como la contenida en el art. 5 *bis* RPEEC, que permite excluir por completo la audiencia pública, aunque haya sido pedida expresamente por alguna de las partes, pueda plantear dudas de compatibilidad con el derecho fundamental a ser oído pública y equitativamente[18]. El propio RPEEC, en su considerando noveno, establece que «el presente Reglamento trata de promover los derechos fundamentales y tiene en cuenta, en concreto, los principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Y añade: «el órgano jurisdiccional debe respetar el derecho a un juicio justo y el principio contradictorio del proceso, especialmente cuando se pronuncie sobre la necesidad de una vista oral, sobre los medios de práctica de la prueba y sobre el alcance de la práctica de la prueba».

En relación con el derecho a una «audiencia pública» del art. 6.1 CEDH, el TEDH ha realizado algunas declaraciones importantes[19], entre las que ahora interesa destacar las diez siguientes:

i) En principio, los litigantes tienen derecho a una audiencia pública porque esto les protege contra la administración de justicia en secreto y sin escrutinio público. Al hacer visible la administración de justicia, una audiencia pública contribuye a la consecución del objetivo del artículo 6.1, a saber, un juicio justo[20]. Si bien una audiencia pública constituye un principio fundamental consagrado en el artículo 6.1, la obligación de celebrar dicha audiencia no es absoluta[21].

ii) En los procedimientos ante un tribunal de primera y única instancia, el derecho a una «audiencia pública» en virtud del artículo 6.1 implica el derecho a una «audiencia oral»[22], salvo que existan circunstancias excepcionales que justifiquen prescindir de dicha audiencia[23]. El carácter excepcional de tales circunstancias se deriva esencialmente de la naturaleza de las cuestiones controvertidas, por ejemplo, en los casos en que el procedimiento se refiere a cuestiones exclusivamente jurídicas o muy técnicas[24], y no de la frecuencia de tales cuestiones[25].

---

18. Estas dudas fueron abiertamente expuestas por DIETER L., en «Elementos orales y escritos en la fase introductoria del proceso civil» (versión abreviada), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, vol. I, Eds. CARPI, F. y ORTELLS, M., Universitat de Valencia, 2008, pp. 88-89.

19. Para tener un conocimiento exhaustivo de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a una audiencia pública del art. 6.1 CEDH, se recomienda la lectura de la «Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derecho a un juicio justo (parte civil)», actualizada a 31 de agosto de 2021, pp. 93-98. https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf.

20. Malhous v. the Czech Republic [GC], 2001, §§ 55-56.

21. De Tommaso c. Italia [GC], 2017, § 163.

22. Göç v. Turquía [GC], 2002, § 47; Fredin v. Suecia (no. 2), 1994, §§ 21-22; Allan Jacobsson v. Suecia (no. 2), 1998, § 46; Selmani y otros c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia, 2017, §§ 37-39.

23. Hesse-Anger y Anger c. Alemania (dec.), 2001; Mirovni Inštitut c. Eslovenia, 2018, § 36.

24. Koottummel c. Austria, 2009, § 19.

25. Miller c. Suecia, 2005, § 29; Mirovni Inštitut c. Eslovenia, 2018, § 37. Para una recapitulación de la jurisprudencia, véase Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal [GC], 2018, §§ 188-190.

iii) La ausencia de audiencia en segunda o tercera instancia puede estar justificada por las características especiales del procedimiento en cuestión, siempre que se haya celebrado una audiencia en primera instancia[26]. Por lo tanto, la autorización para recurrir el procedimiento y los procedimientos que sólo implican cuestiones de derecho, en lugar de cuestiones de hecho, pueden cumplir con los requisitos del artículo 6, aunque el recurrente no haya tenido la oportunidad de ser oído personalmente por el tribunal de apelación o de casación[27]. Por lo tanto, hay que tener en cuenta las particularidades de los procedimientos en los tribunales superiores.

iv) El Tribunal ha examinado si la falta de audiencia pública en el nivel inferior puede subsanarse mediante la celebración de una audiencia pública en la fase de apelación. En varios casos, ha considerado que el hecho de que los procedimientos ante el tribunal de apelación se celebren en público no puede remediar la falta de audiencia pública en los niveles inferiores de jurisdicción cuando el alcance de los procedimientos de apelación es limitado, en particular, cuando el tribunal de apelación no puede revisar el fondo del asunto, incluyendo una revisión de los hechos y una evaluación de si la sanción fue proporcionada a la falta. Sin embargo, si el tribunal de apelación es plenamente competente, la falta de audiencia ante un nivel jurisdiccional inferior puede subsanarse ante dicho tribunal[28]. En consecuencia, una reclamación relativa a la falta de audiencia pública puede estar estrechamente vinculada a una reclamación relativa al alcance supuestamente insuficiente de la revisión realizada por el órgano de apelación[29]. La falta de audiencia en el tribunal de primera instancia sólo puede subsanarse mediante una nueva audiencia pública completa ante el tribunal de apelación[30].

v) Salvo que existan circunstancias excepcionales que justifiquen prescindir de una audiencia[31], el derecho a una audiencia pública en virtud del artículo 6.1 implica un derecho a una audiencia oral al menos en un nivel de jurisdicción[32].

vi) También puede ser legítimo en ciertos casos que las autoridades nacionales tengan en cuenta las exigencias de eficacia y economía[33].

---

26. Helmers c. Suecia, 1991, § 36, pero contrastar §§ 38-39; Salomonsson c. Suecia, 2002, § 36.

27. Miller v. Suecia, 2005, § 30.

28. Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal [GC], 2018, § 192 y referencias jurisprudenciales al respecto.

29. Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal [GC], 2018, § 193.

30. Khrabrova c. Rusia, 2012, § 52.

31. Véase el resumen de la jurisprudencia en Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal [GC], 2018, § 190).

32. Fischer c. Austria, 1995, § 44; Salomonsson c. Suecia, 2002, § 36.

33. Eker c. Turquía, 2017, § 29. En este caso, el Tribunal no negó que el procedimiento en dos niveles de jurisdicción se hubiera desarrollado sin audiencia. Señaló que las cuestiones jurídicas no habían sido especialmente complejas y que había sido necesario llevar a cabo el procedimiento con prontitud (§ 31). El litigio se refería a cuestiones textuales y técnicas que podían resolverse adecuadamente con el expediente.

vii) Una audiencia puede no ser necesaria cuando no hay cuestiones de credibilidad o hechos controvertidos y los tribunales pueden decidir justa y razonablemente el caso sobre la base de las presentaciones de las partes y otros materiales escritos[34].

viii) El Tribunal también ha aceptado que la renuncia a una audiencia puede estar justificada en casos que plantean cuestiones meramente jurídicas de carácter limitado[35] o cuestiones de hecho[36] o de derecho que no presentan una complejidad especial[37]. Lo mismo ocurre con las cuestiones muy técnicas[38].

ix) Por el contrario, la celebración de una audiencia oral se considerará necesaria, por ejemplo, cuando se trata de examinar cuestiones de derecho y cuestiones de hecho importantes[39] o de evaluar si los hechos fueron correctamente establecidos por las autoridades[40] y garantizar un examen más exhaustivo de los hechos controvertidos[41], y cuando las circunstancias exigen que los tribunales obtengan una impresión personal del solicitante[42].

x) Ni la letra ni el espíritu del artículo 6.1 impiden que un individuo renuncie a su derecho a una audiencia pública por su propia voluntad, ya sea de forma expresa o tácita, pero dicha renuncia debe hacerse de forma inequívoca y no debe ser contraria a ningún interés público importante[43].

Pues bien, vista la jurisprudencia del TJUE sobre el derecho a una audiencia pública, parece claro que el órgano jurisdiccional puede denegar la solicitud de celebración de una vista oral en el proceso europeo de escasa cuantía *ex* art. 5.1 *bis* RPEEP sin que ello suponga necesariamente una violación del art. 6.1 CEDH, siempre que en el caso concreto concurran las circunstancias excepcionales que, de conformidad con la jurisprudencia de Estrasburgo, justifican prescindir de la celebración de una vista oral[44].

---

34. Döry v. Suecia, 2002, § 37; Saccoccia v. Austria, 2008, § 73; Mirovni Inštitut v. Eslovenia, 2018, § 37.

35. Allan Jacobsson c. Suecia (nº 2), 1998, § 49; Valová, Slezák y Slezák c. Eslovaquia, 2004, §§ 65-68.

36. Ali Riza c. Suiza, 2021, § 117.

37. Varela Assalino c. Portugal (dec.), 2002; Speil c. Austria (dec.), 2002).

38. Ali Riza c. Suiza, 2021, § 119.

39. Fischer c. Austria, 1995, § 44.

40. Malhous c. República Checa [CG], 2001, § 60.

41. Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal [CG], 2018, § 211.

42. Miller c. Suecia, 2005, § 34 in fine; Andersson c. Suecia, 2010, § 57.

43. Le Compte, Van Leuven y De Meyere v. Bélgica, 1981, § 59; Håkansson y Sturesson contra Suecia, 1990, § 66; Exel contra la República Checa, 2005, § 46.

44. Sobre la compatibilidad del art. 5.1 *bis* RPEEC con el derecho a ser oído del art. 6.1 CEDH, recomiendo leer el reciente trabajo de TURRONI, D., «Oral hearing management under the E.S.C.P. Regulation», *Revista Italo-Española de Derecho Procesal,* Marcial Pons, Madrid, vol. I, 2022.

§. Además de ser escrito, el proceso europeo de escasa cuantía es un proceso que se articula a través de cuatro formularios normalizados multilingües que estructuran y simplifican el proceso: el Formulario A (Formulario de Demanda), el Formulario B (Solicitud del órgano jurisdiccional de que se complete o rectifique el formulario de demanda), el Formulario C (Formulario de Contestación) y el Formulario D (Certificado relativo a una sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía o a una transacción judicial)[45]. Los Estados miembros deben asegurarse de que el formulario normalizado de demanda esté disponible en todos los órganos jurisdiccionales ante los que puede iniciarse el proceso europeo de escasa cuantía y de que sea accesible a través de los sitios web nacionales pertinentes (art. 4.5 RPEEC).

Los formularios, que deben cumplimentarse en la lengua o una de las lenguas empleada por el órgano jurisdiccional competente para conocer de la demanda (art. 6 RPEEC), están disponibles en cualquiera de las lenguas oficiales de la UE el sitio web del Atlas Judicial Europeo en materia civil y mercantil (sección del Portal Europeo de e-Justicia)[46]. El portal ofrece dos opciones para cumplimentar los formularios: o bien descargar el formulario en blanco en el idioma de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea o bien completar el formulario en línea. Con el fin de facilitar su cumplimentación por sujetos que no tengan conocimientos jurídicos, los formularios de demanda y contestación ofrecen una breve información sobre algunos aspectos esenciales del desarrollo del procedimiento, así como unas sencillas instrucciones sobre los datos que deben consignarse en cada uno de los campos. Los Estados miembros, además, tienen la obligación de garantizar que las partes que lo necesiten reciban «asistencia práctica» gratuita para cumplimentar los formularios, sin que esta asistencia incluya una evaluación jurídica del caso (art. 11 RPEEC). La información sobre las entidades u organizaciones competentes para prestar asistencia práctica en cada Estado miembro está disponible también en el Atlas Judicial Europeo.

2.2.2. *Proceso sin abogados*

§. Si hay una medida efectiva para reducir los costes de un proceso jurisdiccional que destaque sobre todas las demás, esta es, sin duda, la de no exigir la intervención de abogados. Sin intermediarios, el proceso se abarata. Por ello, el legislador europeo tuvo claro desde el principio que el proceso europeo de escasa cuantía tenía que ser un proceso «sin abogados». En este sentido, el art. 10 RPEEC dispone que «no se exigirá que las partes estén representadas por un abogado ni por

45. Estos formularios se encuentran regulados en los Anexos I, II, III y IV del RPEEC, respectivamente. Los formularios originarios fueron sustituidos por el Reglamento Delegado (UE) 2017/1259 de la Comisión de 19 de junio de 2017.

46. https://e-justice.europa.eu/content_european_judicial_atlas_in_civil_matters-321-es.do

cualquier otro profesional del Derecho», lo que en el caso español incluye a los procuradores.

§. Ahora bien, si se quiere que el proceso europeo de escasa cuantía sirva para tutelar de manera eficaz los derechos de los ciudadanos, es necesario compensar de algún modo la ausencia de profesionales en el proceso. Una de las formas de hacerlo, como ya hemos visto, consiste en articular el proceso a través de unos formularios normalizados sencillos que los litigantes puedan rellenar muy fácilmente, garantizándoles, además, asistencia práctica para cumplimentarlos en caso de que lo necesiten. Por otra parte, la falta de abogados requiere también un mayor compromiso e iniciativa por parte del Juez en su oficio de dirección del proceso, algo que está presente en varias de las disposiciones del Reglamento. Así, el art. 12.1 RPEEC señala que «el órgano jurisdiccional no exigirá a las partes que realicen una valoración jurídica en la demanda», lo que, por tanto, habrá de hacer de oficio el propio órgano jurisdiccional. El aptdo. 2 de este mismo precepto dice que «en caso necesario, el órgano jurisdiccional informará a las partes sobre las cuestiones procesales», y el aptdo. 3 dispone que «en el momento en el que proceda, el órgano jurisdiccional podrá tratar de conseguir una conciliación entre las partes». Igualmente, el órgano jurisdiccional puede solicitar al demandante, mediante el Formulario B, que complete o rectifique el Formulario de Demanda si considera que la información proporcionada por el demandante no es pertinente o suficientemente clara, o si el formulario de demanda no ha sido debidamente cumplimentado, indicándole expresamente los campos que debe completar o rectificar (art. 4.4 RPEEC). Y, una vez contestada la demanda, el órgano jurisdiccional, antes de dictar sentencia, puede solicitar a las partes información complementaria en relación con la demanda, recurrir a la práctica de la prueba o citar a las partes a una vista oral (art. 7 RPEEC).

2.2.3. *Uso de la tecnología para la celebración de las vistas y la práctica de la prueba*

§. Como ya se ha dicho, el proceso europeo de escasa cuantía es un proceso escrito en el que, de ordinario, no se celebra vista oral. De este modo, se evita a las partes la necesidad de viajar al extranjero y se ahorra tiempo y dinero. No obstante, está previsto que el órgano jurisdiccional celebre vista oral si considera que no es posible dictar sentencia sobre la base de las pruebas escritas o si una de las partes lo solicita y el tribunal considera necesaria su celebración para el correcto desarrollo del procedimiento (art. 5.1 *bis* RPEEC).

En los casos excepcionales en que haya de celebrarse una vista oral, se llevará a cabo a través de videoconferencia, teleconferencia o cualquier otra tecnología de comunicación a distancia adecuada de que disponga el órgano jurisdiccional, salvo que, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, el uso de la tecnología

no sea adecuado para el correcto desarrollo del procedimiento (art. 8.1, párr. primero RPEEC). Si la persona que debe ser oída está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conoce del proceso, su comparecencia virtual en la vista oral se dispondrá haciendo uso de los procedimientos previstos en el Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo (art. 8.1, párr. segundo RPEEC)[47]. El legislador europeo apuesta claramente por el uso de la tecnología para la celebración de las vistas orales como medio de economía procesal y de agilización de las actuaciones en un contexto transfronterizo[48].

Siempre que el órgano jurisdiccional disponga de tecnologías de comunicación a distancia, toda parte citada a comparecer personalmente en la vista oral puede solicitar su comparecencia virtual, basándose en la desproporción entre los gastos derivados de la comparecencia personal y la (escasa) cuantía del litigio (art. 8.2 RPEEC). Asimismo, toda parte citada a comparecer virtualmente puede solicitar su comparecencia personal, pero en este caso, tal y como se indica en los formularios de demanda y contestación, el reembolso de los gastos en que incurra la parte estará sujeto a las condiciones del art. 16 RPEEC, según el cual «el órgano jurisdiccional no condenará a la parte perdedora a pagar a la parte ganadora costas generadas innecesariamente o que no guarden proporción con el valor de la demanda» (art. 8.3 RPEEC).

§. En relación con la práctica de la prueba, el órgano jurisdiccional determinará los medios de prueba y las pruebas necesarias para dictar sentencia de conformidad con las normas aplicables en materia de admisibilidad de pruebas y usará el medio de prueba más sencillo y menos gravoso. Podrá admitir la práctica de la prueba mediante declaraciones por escrito de los testigos, los peritos o las partes. Y cuando la práctica de la prueba requiera que una persona sea oída (partes, testigos o peritos), se hará por videoconferencia, sin necesidad de que esta se desplace al órgano jurisdiccional. El tribunal únicamente podrá aceptar pruebas periciales o testimonios orales si no es posible dictar sentencia sobre la base de otras pruebas (art. 9 RPEEC)[49].

---

47. Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, *DO* L 174 (27 de junio de 2001).

48. Originariamente, el art. 8 RPEEC, relativo a la vista oral, tan solo recogía la posibilidad de que la vista oral se celebrase por videoconferencia u otros sistemas de comunicación, en la medida en que se contara con los medios técnicos correspondientes. Fue el Reglamento (UE) 2015/2421 el que modificó el art. 8 RPEEC y apostó fuertemente por la utilización de las modernas tecnologías de comunicación por las partes y los órganos jurisdiccionales para superar las distancias geográficas y sus consecuencias en términos de elevados costes y duración de los procesos como factores que desalientan el acceso a la justicia (vid. considerandos 6, 7, 12 y 13 Reglamento (UE) 2015/2421).

49. En relación con la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía, vid. Blasco Arévalo, J.L., «La prueba en el proceso europeo de escasa cuantía y su incidencia en el ordenamiento jurídico español», *Revista Jurídica*

2.2.4. *Notificación electrónica de documentos y otras comunicaciones escritas*

§. Otro de los elementos del proceso europeo de escasa cuantía dirigido a reducir aún más su duración es la apuesta por las notificaciones electrónicas. La reforma del RPEEC efectuada en 2015 situó la notificación electrónica en pie de igualdad con la notificación por correo postal. Así, según prevé el art. 13.1 RPEEC, la notificación del formulario de demanda al demando y, en su caso, del formulario de reconvención al demandante, así como la notificación de la sentencia a las partes, puede realizarse de dos formas distintas: por correo postal o por medios electrónicos. La notificación electrónica exige dos requisitos: 1.º) que los medios electrónicos estén disponibles técnicamente y sean admisibles con arreglo a las normas procesales del Estado miembro en el que se sustancie el proceso o, en caso de que la parte destinataria de la notificación esté domiciliada o resida habitualmente en otro Estado miembro, con arreglo a las normas procesales de ese otro Estado miembro; y 2.º) que la parte destinataria de la notificación haya manifestado previamente su consentimiento expreso a la notificación electrónica o que esté obligada legalmente a aceptar esa forma de notificación con arreglo a las normas nacionales del Estado miembro en que tenga su domicilio o residencia habitual. La notificación será acreditada mediante acuse de recibo en el que conste la fecha de recepción.

Todas las demás comunicaciones escritas entre el órgano jurisdiccional y las partes u otras personas que intervengan en el procedimiento (por ejemplo, testigos o peritos) se realizarán por medios electrónicos con acuse de recibo, cuando dichos medios estén disponibles técnicamente y sean admisibles con arreglo a las normas procesales del Estado miembro en el que se sustancie el proceso, siempre que la parte o persona haya dado previamente su consentimiento a dichos medios de comunicación o esté obligada legalmente a aceptarlos con arreglo a las normas nacionales del Estado miembro en que tenga su domicilio o residencia habitual (art. 13.2 RPEEC).

Las partes podrán manifestar su consentimiento a que las notificaciones se realicen por medios electrónicos en los formularios de demanda y contestación a la demanda, además de por cualquier otro medio disponible con arreglo a las normas procesales de los Estados miembros (art. 13.3 RPEEC).

§. Cuando no sea posible proceder a la notificación con arreglo a lo previsto en el aptdo. 1 del art. 13, podrá hacerse por cualquiera de los medios establecidos en

---

Derecho, vol. 8, n.º 10, Enero-Junio, 2019, pp. 107-131, y GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunas reflexiones acerca de la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía «, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado,* vol. VI, 2006, pp. 285-308.

los artículos 13 o 14 del Reglamento (CE) n.º 1869/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, por el que se establece un proceso monitorio europeo. Y cuando no sea posible proceder a la comunicación con arreglo al aptdo. 2 del art. 13, o cuando atendiendo a las circunstancias particulares del caso no sea oportuna, se podrá utilizar cualquier otro medio de comunicación admisible con arreglo a la normativa del Estado miembro en el que se sustancie el proceso (art. 13.4 RPEEC).

2.2.5. *Reconocimiento y ejecución automático de la sentencia en otro Estado miembro*

§. La sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía debe reconocerse y ejecutarse automáticamente en cualquier otro Estado miembro, sin necesidad de un procedimiento intermedio de exequátur, y sin que exista la posibilidad de oponerse a su reconocimiento (art. 20.1 RPEEC)[50]. Basta con que la parte interesada en su reconocimiento y/o ejecución solicite al órgano jurisdiccional que haya dictado la sentencia que la certifique mediante el formulario normalizado D. La extensión del certificado de la sentencia se realizará por el órgano jurisdiccional sin costes adicionales para la parte solicitante. Además, previa solicitud, el órgano jurisdiccional proporcionará a dicha parte el certificado de la sentencia en cualquier otra lengua oficial de las instituciones de la Unión valiéndose del formulario normalizado dinámico multilingüe disponible en el Portal Europeo de e-Justicia (art. 20.2 RPEEC). El procedimiento de ejecución se regirá por la legislación del Estado miembro de ejecución (art. 21.1 RPEEC).

§. La transacción judicial homologada por un órgano jurisdiccional o celebrada ante este en el curso del proceso europeo de escasa cuantía que sea ejecutable en el Estado miembro en el que se haya sustanciado el proceso también será reconocida y ejecutada en otro Estado miembro en las mismas condiciones que una sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía (art. 23 *bis* RPEEC).

2.2.6. *Otros elementos para simplificar, agilizar y reducir los costes del proceso*

§. Junto a los elementos esenciales definitorios del proceso, el RPEEC establece también otros elementos dirigidos a favorecer la agilidad del proceso y a reducir sus costes, y de este modo garantizar un verdadero acceso eficaz de los acreedores de escasa cuantía a la justicia. Básicamente, los siguientes:

---

50. Ciertamente, la supresión del exequátur para las sentencias judiciales en materia civil y mercantil establecida por el Reglamento Bruselas I bis hace que esta disposición del RPPEC pierda su inicial interés, pero, en cualquier caso, debe reconocerse el papel precursor del RPEEC en la posterior abolición generalizada del exequátur.

i) *Prohibición de impugnar por separado las resoluciones interlocutorias dictadas por el órgano jurisdiccional a lo largo del proceso*. Así lo hace el art. 5.1, en relación con la denegación de la celebración de vista oral; el art. 5.5, con la decisión acerca de si el valor de una demanda no pecuniaria supera o no el límite de la cuantía que determina la procedencia del proceso; y el art. art. 8.4, con la decisión del tribunal sobre la solicitud relativa al modo de comparecer a la vista oral, personal o virtualmente.

ii) *Lengua*. Los formularios de demanda y contestación y las descripciones de los medios de prueba habrán de presentarse en la lengua o una de las lenguas del procedimiento del órgano jurisdiccional competente (art. 6.1 RPEEC). Ahora bien, para evitar que la diversidad de idiomas propia del proceso europeo de escasa cuantía pueda convertirse en un obstáculo para la agilidad del proceso y, sobre todo, pueda incrementar sus costes, cuando sea precisa una traducción, el art. 6 RPEEC establece las dos siguientes previsiones: a) el tribunal solo podrá exigir la traducción de documentos redactados en una lengua que no sea la del procedimiento «en la medida en que la necesite para dictar sentencia» (art. 6.2); y b) el litigante solo podrá rechazar un documento si no está redactado en una lengua que entienda o en la lengua del Estado miembro en el que se ha practicado la notificación. En tal caso, el tribunal informará de ello a la parte contraria para que facilite una traducción (art. 6.3).

iii) *Tasas judiciales proporcionadas*. Las tasas judiciales pueden disuadir a los ciudadanos de emprender acciones legales, en particular si son desproporcionadas a la cuantía de la demanda. Para evitar este efecto disuasorio, el RPEEC exige expresamente que las tasas judiciales aplicadas por los Estados miembros al proceso europeo de escasa cuantía no sean desproporcionadas y no sean superiores a las tasas judiciales que se apliquen en los procesos judiciales simplificados nacionales (art. 15 *bis* 1).

Además, el pago de las tasas judiciales no debe exigir que el demandante se desplace al Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto o tenga que contratar un abogado en ese Estado miembro para poder pagar las tasas. Para evitar estos gastos, el RPEEC impone a los Estados miembros el deber de garantizar que las partes puedan abonar las tasas judiciales por medios de pago a distancia, al menos por uno de los siguientes: transferencia bancaria, pago con tarjeta de crédito o débito, o adeudo en la cuenta bancaria del demandante (art. 15 *bis* 2)[51].

iv) *Costas*. En materia de costas rige el criterio del vencimiento total: «la parte perdedora soportará las costas del proceso», dice el art. 16 RPEEC. No obstante, sigue diciendo el precepto, «el órgano jurisdiccional no condenará a la parte

51. La información proporcionada por cada Estado miembro a la Comisión sobre las tasas judiciales del proceso europeo de escasa cuantía o su forma de cálculo, así como los medios de pago aceptados para su abono, está disponible en el Portal europeo de e-Justicia.

perdedora a pagar a la parte ganadora costas generadas innecesariamente o que no guarden proporción con el valor de la demanda».

El TJUE, en sentencia de 14 de febrero de 2019, *Rebecka Jonsson y Société du Journal L'Est Républicain*, C-554/17, ha declarado que la primera parte del art. 16 RPEEC debe interpretarse en el sentido de que solo cubre situaciones en las que una parte ve desestimadas *totalmente* sus pretensiones. En los casos en los que una parte solo vea estimadas parcialmente sus pretensiones, las cuestiones procesales relativas al reparto de las costas procesales entre las partes siguen reguladas por el Derecho nacional de los Estados miembros en virtud de principio de autonomía procesal, de conformidad con el art. 19 y el considerando 29 del RPEEC. No obstante, esas normas no deben ser menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) ni deben estar concebidas de tal manera que haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el TJUE declara:

> «El artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional conforme a la cual, cuando solo se estimen parcialmente las pretensiones de una parte, el juez nacional podrá ordenar que cada parte en el procedimiento cargue con sus propias costas o podrá repartir esas costas entre dichas partes. En tal supuesto, el juez nacional podrá determinar libremente, en principio, el reparto del importe de esas costas, siempre que las normas procesales nacionales sobre reparto de las costas en los procedimientos de escasa cuantía transfronterizos no sean menos favorables que las normas procesales que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno y siempre que los requisitos procesales relativos al reparto de esas costas no lleve a que las personas interesadas renuncien a utilizar ese proceso europeo de escasa cuantía al imponer de todas formas al demandante, cuando se estimen en gran medida sus pretensiones, el pago de sus propias costas o de una parte sustancial de estas»[52].

52. En este sentido resuelve el TJUE dos cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal sueco (Tribunal de apelación con sede en Estocolmo) en el contexto de un litigio entre una demandante residente en Suecia y una demandada domiciliada en Francia. Las cuestiones prejudiciales se plantearon en los siguientes términos:
1. ¿Se opone el artículo 16 del [Reglamento n.º 861/2007] a la aplicación de una disposición nacional conforme a la cual cada parte cargará con sus costas procesales o a una parte se le concederá un reembolso proporcionado de estas en función de si se estiman parcialmente las pretensiones en el proceso o cuando solo se estima una parte de la pretensión?
2. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿cómo debe interpretarse el concepto de «parte perdedora» utilizado en el artículo 16 del citado Reglamento?

2.3. La aplicación del proceso europeo de escasa cuantía en España

§. Comoquiera que el instrumento normativo elegido por el legislador para establecer el proceso europeo de escasa cuantía es un reglamento, sus disposiciones se imponen a los Estados miembros y son directamente aplicables desde la fecha prevista por el propio reglamento, 1 de enero de 2009 (art. 29 RPEEC). No obstante, ello no exime a los legisladores de los Estados miembros de aprobar las normas necesarias para engarzar el proceso europeo de escasa cuantía con sus leyes procesales nacionales.

Con este fin, España aprobó la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía. En relación con el proceso europeo de escasa cuantía, la Ley 4/2011 introdujo en la LEC dos reformas importantes: por un lado, elevó de 900 a 2000 euros la cuantía para la que no es preceptiva la intervención de abogado ni procurador en el juicio verbal, en consonancia con la cuantía prevista en ese momento para el proceso europeo de escasa cuantía, Y, por otro lado, añadió a la LEC una nueva Disposición final, la vigésima cuarta, para dar respuesta a algunas cuestiones procesales que el proceso europeo de escasa cuantía venía planteando desde el mismo momento de su aplicación, dos años antes. En resumen, las siguientes:

— La competencia objetiva corresponderá al Juzgado de Primera Instancia o al Juzgado de lo Mercantil, atendiendo al objeto de la reclamación. La competencia territorial se determinará con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo[53] y, en lo no previsto, con arreglo a la legislación procesal española (arts. 50 a 60 LEC).
— Las cuestiones procesales no previstas en el RPEEC se regirán por lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal (arts. 437 y ss. LEC).
— Los plazos se computarán con arreglo al Reglamento (CEE, EURATOM) n.º 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos, sin que se excluyan los días inhábiles.
— Las cuestiones a que se refieren los apartados 3 y 4 del art. 4 RPEEC, relativas a la actuación del órgano jurisdiccional en caso de que la demanda no esté incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento o la información proporcionada por el demandante no sea pertinente o suficientemente clara, o el formulario no haya sido debidamente cumplimentado, se decidirán mediante

53. La Disposición final vigésima cuarta de la LEC hace referencia al Reglamento CE 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, pero este Reglamento fue derogado por el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, y las referencias al Reglamento derogado deben entenderse hechas al presente Reglamento, de acuerdo con su art. 80.

decreto del Letrado de la Administración de Justicia, salvo que implique la desestimación de la demanda, en cuyo caso resolverá el juez mediante auto. En ambos casos, se concederá un plazo de diez días al demandante para que alegue al respecto lo que considere oportuno.

— Si el demandado alegase la inadecuación del proceso europeo de escasa cuantía porque la demanda no pecuniaria supera los 5000 euros, el juez decidirá por medio de auto si la demanda ha de tramitarse por el proceso europeo o transformarse en el procedimiento correspondiente conforme a las normas españolas. Este auto es irrecurrible, sin perjuicio de reproducir la cuestión en el recurso de apelación contra la sentencia dictada en otro procedimiento.

— Las notificaciones del proceso europeo de escasa cuantía se realizarán conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que se trate de medios de comunicación previstos en el RPEEC, prioritariamente por medios informáticos o telemáticos y, en su defecto, por cualquier otro medio que permita tener constancia de la entrega al demandado del acto de comunicación.

— Contra la sentencia que ponga fin al proceso europeo de escasa cuantía podrá interponerse el recurso que corresponda de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto significa, de conformidad con lo previsto en el art. 455 LEC, que no cabrá recurso alguno cuando la cuantía del proceso europeo no supere los 3000 euros. Por el contrario, si la cuantía supera ese importe, la sentencia será susceptible de recurso de apelación.

En relación con el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en procesos europeos de escasa cuantía cuando esta exceda de 3000 euros, se plantea la cuestión de si es preceptiva o no la intervención de abogado y procurador. La duda surge porque si bien es cierto que el art. 10 RPEEC establece expresamente que los Estados miembros no pueden exigir que las partes del proceso europeo de escasa cuantía estén representadas por un abogado ni por cualquier otro profesional del derecho, también lo es que el RPEEC no contiene norma alguna sobre eventuales recursos frente a la sentencia que ponga fin al proceso, tratándose de una cuestión que, de conformidad con lo previsto en el art. 19 RPEEC, se regirá por la legislación procesal nacional del Estado miembro en el que se desarrolle el proceso y, en nuestro caso, la Ley de Enjuiciamiento Civil exige en todo caso abogado y procurador para la interposición del recurso de apelación.

En mi opinión, la prohibición de que se exija la intervención de un abogado o de otro profesional jurídico que establece el art. 10 RPEEC es muy clara y debe entenderse aplicable al proceso europeo de escasa cuantía en su integridad, incluida una eventual segunda instancia, así como extenderse también a la fase de ejecución[54]. El art. 19 RPEEC, según el cual «el proceso europeo de

54. GASCÓN INCHAUSTI, F., entiende que no es precisa la asistencia de un abogado para la ejecución forzosa de la sentencia dictada en un proceso europeo de escasa cuantía, ni en el Estado de origen ni en ningún otro Estado miembro, aunque lo fuera según la legislación nacional (cfr. «Un nuevo instrumento para la tutela de

escasa cuantía se regirá por la legislación procesal del Estado miembro en que se desarrolle el proceso», comienza diciendo que esto será «sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento». Si se exigiera la intervención de abogado para la apelación de la sentencia se añadirían unos costes que el legislador europeo ha querido deliberadamente evitar, con evidente perjuicio de la disposición sobre la representación de las partes contenida el art. 10 RPEEC. Cuestión distinta es reconocer la enorme dificultad que para una parte no asistida de letrado puede suponer recurrir en apelación la sentencia de primera instancia. A mi juicio, por tanto, hay que entender que el RPEEC deja en manos de los legisladores nacionales la posibilidad de recurrir o no la sentencia del proceso europeo de escasa cuantía, pero para el caso de que quepa recurso, los Estados no pueden exigir la intervención de un abogado[55].

— La competencia para ejecutar en España una sentencia dictada en un proceso europeo de escasa cuantía en otro Estado miembro de la Unión Europea corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado. Este mismo órgano jurisdiccional será el competente para la denegación, suspensión o limitación de la ejecución a que se refieren los arts. 22 y 23 RPEEC.

— La sentencia se ejecutará conforme a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La tramitación de la denegación, suspensión o limitación de la ejecución se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en los arts. 556 y ss. LEC, sin que en ningún caso la sentencia pueda ser objeto de revisión en cuanto al fondo, y se resolverá mediante auto no susceptible de recurso. El demandante deberá presentar ante el Juzgado competente para la ejecución una traducción oficial al castellano o a la lengua oficial de la Comunidad Autónoma de que se trate del certificado de la sentencia, extendido en la forma prevista en el art. 20.2 RPEEC.

2.3.1. *Información facilitada por España a la Comisión Europea*

§. Además del RPEEC y de la Disposición final vigésima cuarta de la LEC, para una correcta aplicación en España del proceso europeo de escasa cuantía es preciso conocer la información que España ha facilitado a la Comisión Europea en cumplimiento del art. 25 RPPEC, disponible en el Atlas Judicial Europeo. Buena parte de la información que está publicada en el Atlas, en concreto, la relativa a la competencia de los órganos jurisdiccionales, los medios de comunicación y las vías de recurso, está en la Disposición final vigésima cuarta de la LEC, pero hay otros aspectos del proceso europeo de escasa cuantía en España de los que solo tenemos

---

los consumidores y de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía», *Ius et Praxis,* año 14, n.º 1, 2008, pp. 167-197.

55. En sentido contrario, aunque la resolución es un poco confusa, el AAP de Madrid (Sección 10ª) de 15 de junio de 2021 exige la intervención de procurador en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia dictada en un proceso europeo de escasa cuantía al exceder lo reclamado de 2000 euros *ex* art. 23 LEC.

información a través del Atlas, como son las tasas judiciales, las autoridades u organizaciones competentes para prestar asistencia técnica a las partes o las personas sujetas a la obligación legal de aceptar la notificación de documentos u otras comunicaciones escritas por medios electrónicos[56].

§. La información del Estado español sobre el proceso europeo de escasa cuantía disponible en el Atlas es la siguiente[57]:

— *Órganos jurisdiccionales competentes: art. 25, apartado 1, letra a)*
El juzgado de primera instancia y el juzgado de lo mercantil en los supuestos prevenidos en el artículo 86 ter 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (especialmente en los casos en que la reclamación venga asociada a una reclamación derivada de contrato de transporte).
— *Medios de comunicación: art. 25, apartado 1, letra b)*
Además de la presentación directa ante el juzgado competente, y la presentación a través de correo postal, los tribunales españoles admiten también la presentación de las demandas a través de las sedes judiciales electrónicas de las Administraciones competentes en materia de Administración de Justicia.
— *Autoridades u organizaciones competentes para prestar asistencia práctica: art. 25, apartado 1, letra c)*
Las partes podrán recibir asistencia práctica para cumplimentar los formularios, para conocer la aplicación del proceso europeo de escasa cuantía y los órganos jurisdiccionales competentes para dictar sentencia en las oficinas de atención ciudadana indicadas por el Poder Judicial[58]. Para la presentación de las demandas en la sede judicial electrónica existe un servicio de asesoramiento técnico.
— *Medios de notificación y comunicaciones electrónicas y medios para manifestar el consentimiento en cuanto a su uso*: *art. 25, apartado 1, letra d)*
Mediante las sedes judiciales electrónicas.
— *Personas o profesiones sujetos a la obligación de aceptar la notificación de documentos u otras comunicaciones escritas por medios electrónicos: art. 25, apartado 1, letra e)*

Estarán obligados a intervenir a través de medios electrónicos con la Administración de justicia, al menos, los siguientes sujetos:

---

56. Si estas otras cuestiones no están resueltas en la Disposición final vigésima cuarta de la LEC es porque la solicitud de información a los Estados miembros sobre ellas fue posterior a 2011, fecha en la que se incorporó la Disposición final a la LEC. Fue el Reglamento (UE) 2015/2421 el que modificó el art. 25 RPEEC y amplió el número de cuestiones sobre las que los Estados miembros debían informar a la Comisión.

57. Información actualizada a fecha 22/06/2021.
https://e-justice.europa.eu/354/ES/small_claims?SPAIN&member=1

58. Las oficinas de atención ciudadana del Poder Judicial pueden consultarse en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Atencion-Ciudadana/Oficinas-de-Atencion-y-Decanatos/

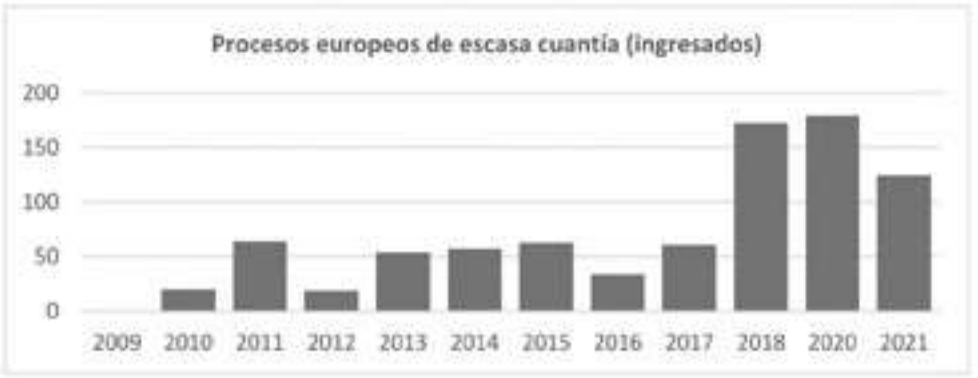
a) las personas jurídicas
b) las entidades sin personalidad jurídica
c) quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiere colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con la Administración de Justicia en ejercicio de dicha actividad profesional
d) los notarios y registradores
e) quienes representen a un interesado que está obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia
f) los funcionarios de las administraciones publicas par los trámites y actuaciones que realicen por razón de su cargo.

— *Tasas judiciales y medios de pago: art. 25, apartado 1, letra f)*
El proceso europeo de escasa cuantía no se encuentra incluido entre los procesos sujetos a tasa judicial.
— *Procedimiento de recurso y órganos jurisdiccionales competentes: art. 25, apartado 1, letra g)*
No cabe recurso ordinario de apelación en los procesos de escasa cuantía en reclamaciones inferiores a 3.000 euros.
Para reclamaciones entre 3.000 y 5.000 euros es posible interponer recursos de apelación ante el propio tribunal que dictó la resolución que resolverá sobre su admisión y posterior remisión, para su resolución a la Audiencia Provincial. El plazo para interponer el recurso es de 20 días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia.
— *Procedimiento de revisión de la sentencia y órganos jurisdiccionales competentes para conocer de dicha revisión: art. 25, apartado 1, letra h)*
El procedimiento de revisión se sustanciará de acuerdo con los trámites previstos para el procedimiento ordinario.
— *Lenguas aceptadas: art. 25, apartado 1, letra i)*
Español, inglés.
— *Autoridades competentes por lo que respecta a la ejecución: art. 25, apartado 1, letra j)*
Los juzgados de primera instancia y el juzgado de lo mercantil en los supuestos prevenidos en el artículo 86 ter. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (especialmente en los casos en que la reclamación de escasa cuantía venga asociada a una reclamación derivada de contrato de transporte).

2.3.2. *Estadísticas españolas sobre el proceso europeo de escasa cuantía*

§. En los trece años que han transcurrido desde la aplicación del RPEEC, el uso del proceso europeo de escasa cuantía en España, como en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, es muy reducido. En 2009, primer año de aplicación del RPEEC, no ingresó en los juzgados españoles ningún proceso europeo de escasa cuantía. En 2010, ingresaron 20. En 2011, el número aumentó hasta 64. En

2012, bajó hasta un total de 19. En 2013, 54. En 2014, 57. En 2015, 63. En 2016, 34. En 2017, 61. En 2018 el número subió significativamente hasta un total de 172, produciéndose el incremento más revelador en 2019 con un total de 496 procesos europeos de escasa cuantía. En los dos últimos años, 2020 y 2021, han ingresado 179 y 124 asuntos, respectivamente[59].



Como reflejan los datos, al proceso europeo de escasa cuantía le costó mucho despegar en España, manteniéndose en cifras muy bajas hasta 2018; sin duda, mucho más bajas que las del proceso monitorio europeo destinado al cobro de créditos pecuniarios no impugnados en asuntos transfronterizos (requerimiento europeo de pago)[60]. En 2018, el número de procesos europeos de escasa cuantía aumentó considerablemente respecto del año anterior, casi un 182%, pasando de los 61 de 2017 a los 172 de 2018. Y en 2019 el incremento fue de un 188% respecto del año anterior, pasando de 172 a 496. La razón de este llamativo aumento entre los años 18 y 19 hay que situarla en la entrada en vigor en julio de 2017 del Reglamento (UE) 2015/2421, por el que se modifica simultáneamente el RPEEC y el Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo (RPME). Por un lado, porque el Reglamento de 2015 introdujo reformas importantes en el proceso europeo de escasa cuantía, como el aumento del umbral de 2000 a 5000 euros, el uso de las tecnologías a distancia y las notificaciones electrónicas que dotaron de mayor eficiencia al proceso y contribuyeron, sin duda, a incrementar su uso. Y, por otro lado, el incremento se debe, sobre todo, a que el Reglamento de 2015 modi-

---

59. Un magnífico análisis de las estadísticas españolas sobre el proceso europeo de escasa cuantía hasta 2020 puede verse en Santaló Goris, C., «A Boost in the Number of European Small Claims Procedures before Spanish Courts: A Collateral Effect of the Massive Number of Applications for European Payment Orders?, *Conflicto of Laws.net*

60. Basta señalar, por ejemplo, que en 2016, frente a 34 europeos de escasa cuantía ingresaron 417 monitorios europeos. En 2017, frente a 61 europeos de escasa cuantía, 1079 monitorios europeos. En 2018, frente a 172, 3536 monitorios europeos. En 2019, frente a 496, 17121 monitorios europeos. En 2020, frente a 179, 12.162 monitorios europeos y, en 2021, frente a 124, 1634 monitorios europeos. Las cifras hablan por sí solas.

ficó el art. 17 RPME con el fin de conectar ambos procesos europeos, el monitorio y el de escasa cuantía, permitiendo que, una vez que el demandado se opone al requerimiento europeo de pago, el proceso pueda continuar con arreglo a las normas del proceso europeo de escasa cuantía.

De 2017 a 2019, el número de solicitudes de procesos monitorios europeos se incrementó en España notablemente, pasando de 1079 procesos a 17121, un 1486% más. Como es sabido, este incremento se debió al recurso de muchos acreedores al proceso monitorio europeo con el fin de eludir el requisito de aportar al proceso los documentos acreditativos de la existencia de la deuda, exigible solo en el monitorio nacional, y evitar el examen de oficio por el juez de posibles cláusulas abusivas en caso de deudas fundadas entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, previsto también solo para la orden de pago española. Para dar el salto del proceso nacional al proceso europeo, más ventajoso, bastaba con ceder el crédito a acreedores (fondos buitre y empresas especializadas en el cobro de deudas) domiciliados en otros países de la Unión Europea, convirtiendo así un crédito meramente interno en transfronterizo. De esta manera, los fondos buitre, valiéndose del fuero imperativo de competencia judicial en materia de consumidores del art. 6 RPME, que atribuye la competencia en exclusiva a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio del demandado cuando este es el consumidor, han venido haciendo uso del proceso monitorio europeo para reclamar deudas a consumidores españoles originadas en nuestro territorio. En este contexto, no cabe duda de que el aumento tan llamativo de los procesos europeos de escasa cuantía en esos mismos años se debe a que muchos de esos procesos monitorios europeos acabaron tramitándose por los cauces del proceso de escasa cuantía *ex* art. 17 RPME.

Pero, como también es sabido, a raíz de dos cuestiones prejudiciales planteadas en 2018 por dos órganos jurisdiccionales españoles durante la tramitación de dos procesos monitorios europeos entre la empresa Bondora AS, radicada en Estonia, y dos consumidores residentes en España, en relación con el cobro por parte de la primera de las deudas derivadas de contratos de préstamo, el TJUE dictó sentencia de 19 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-453/18 y C-494/18, declarando que el órgano jurisdiccional que conoce de un proceso monitorio europeo está facultado para solicitar al acreedor una copia completa del contrato con el único fin de comprobar la existencia de cláusulas que vulneren los derechos de los consumidores demandados, con base en los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13, en relación con el art. 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea[61]. Después de esta sentencia, el

61. Sobre este tema, vid. CONDE FUENTES, J., «Pasado y presente del proceso monitorio europeo: el control de cláusulas abusivas», Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXX, Número 277, Mayo-Agosto 2020.

número de procesos monitorios europeos en España empezó a disminuir, pasando de los 17121 de 2019 a los 12162 de 2020, cayendo en picado en 2021 con un total de 1634. Parece que después de la STJUE *Bondora*, el proceso monitorio europeo ha perdido su atractivo para los acreedores. Y, evidentemente, la drástica disminución de procesos monitorios europeos ante los órganos jurisdiccionales españoles ha provocado también, como hemos visto, un descenso brusco de los procesos europeos de escasa cuantía de 2019 a 2021.

2.3.3. *Jurisprudencia (menor) española sobre el proceso europeo de escasa cuantía*

§. La única resolución del Tribunal Supremo que tiene su origen en una demanda de proceso europeo de escasa cuantía es el ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 6 de julio de 2016[62], pero este auto nada dice en relación con el proceso europeo de escasa cuantía porque se trata de la resolución de una mera cuestión negativa de competencia territorial. En este caso, la mercantil demandante, domiciliada en Austria y cesionaria de los derechos de una consumidora, domiciliada en Bilbao, interpuso demanda de proceso europeo de escasa cuantía ante el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra —por error— contra la mercantil Ryanair, con sucursal en España (Gerona), por la que reclamaba el importe de 250 euros por retraso del vuelo contratado con la compañía aérea por vía telemática. El Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra declaró su falta de competencia territorial en favor de los Juzgados de Bilbao con emplazamiento de la parte actora. El Juzgado de lo Mercantil de Bilbao se declaró incompetente para conocer de la demanda y remitió las actuaciones al Tribunal Supremo. El Tribunal supremo resuelve la cuestión de competencia en favor del Juzgado de Pontevedra al considerar que en este caso no concurren los presupuestos necesarios para la aplicación del fuero imperativo del art. 52.2 LEC, especial para la protección de los consumidores, que desplaza el fuero común del domicilio del demandado para relaciones contractuales previsto en los arts. 50 y 51 LEC, y que atribuye la competencia para conocer de las acciones derivadas de un contrato de prestación de servicios en que haya mediado oferta pública al tribunal del domicilio del prestatario (en este caso, Bilbao), por cuanto la demanda ha sido presentada por una entidad mercantil y no por un consumidor individual, aunque aquella ocupe la posición procesal que le correspondería a la perjudicada. En consecuencia, dice el TS, «en aplicación del art. 51 LEC, y teniendo la entidad demandada establecimiento abierto al público en la localidad de Girona, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra no debió inhibirse a favor del de igual clase de Bilbao».

---

https://www.researchgate.net/publication/342687446_Pasado_y_presente_del_proceso_monitorio_europeo_el_control_de_clausulas_abusivas

62. Id Cendoj: 28079110012016202440.

§. Por su parte, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales españolas en el ámbito del proceso europeo de escasa cuantía es también muy escasa. La búsqueda en la base de datos jurisprudencial Cendoj arroja un resultado de solo 8 sentencias, de las cuales dos se ocupan de este proceso tangencialmente, porque la cuestión que se somete al tribunal de apelación se circunscribe a determinar si los tribunales españoles tienen o no competencia internacional para conocer de la demanda, cuestión que debe resolverse al amparo del Reglamento n.º 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (o del derogado Reglamento n.º 44/2001), pues, como sabemos, el RPEEC no contiene normas de competencia. Además, en algunas de estas pocas sentencias, la Audiencia Provincial confunde los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, resultando difícil saber con seguridad cuál es exactamente el proceso europeo del que trae causa la sentencia de apelación, llegándose incluso en algún caso a hablar del «proceso monitorio de escasa cuantía».

§. La primera resolución dictada en el marco del proceso europeo de escasa cuantía fue el AAP de Alicante, Sección 5ª, de 27 de octubre de 2010[63]. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del Juzgado de Primera Instancia que declaraba la falta de competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de la demanda en favor de los tribunales alemanes. El apelante fundaba la competencia de los tribunales españoles en el carácter transfronterizo del asunto (art. 3 RPEEC), y alegaba la imposibilidad del tribunal español de examinar la competencia internacional en el trámite de incoación del proceso europeo de escasa cuantía. La Audiencia Provincial, sin embargo, declara que: i) el hecho de que se trate de un asunto transfronterizo comprendido en el art. 3 RPEEC «no significa que no deba examinarse la competencia, conforme al Reglamento 44/2001 al que se remite el Reglamento nº 861/2007» y ii) como se trata de una reclamación derivada de unos servicios profesionales contra un consumidor domiciliado en Alemania, la competencia internacional corresponde solamente a los tribunales alemanes, de acuerdo con el art. 16.2 del Reglamento 44/2001 —ahora, 1215/2012—.

§. La SAP de Barcelona, Sección 4ª, de 26 de septiembre de 2012[64], desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia condenatoria de primera instancia dictada en un proceso europeo de escasa cuantía. El apelante funda su recurso en la indefensión que le había producido el Juzgado de Primera Instancia al denegarle, con base en el art. 5.1 RPEEC, la solicitud de celebración de vista oral, motivándolo en que «era para reunir la prueba necesaria». La Audiencia Provincial, sin embargo, considera correcta la decisión del Juez

63. Id Cendoj: 03014370052010200157.

64. Id Cendoj: 08019370042012100544.

de denegar la solicitud de vista oral, porque la vista «era a todas luces innecesaria», habida cuenta de que el Juez requirió a la recurrente, precisamente para determinar la necesidad o no de la celebración de vista, que manifestara los medios de prueba que consideraba de interés, consignando, además, que si era solo documental, la vista se revelaría innecesaria, y la recurrente no hizo manifestación alguna de los medios de que intentaba valerse, por lo que dejó pasar tal oportunidad. De este modo, dice la Audiencia, el recurrente «no puede pretender vuelva a concedérsele en una hipotética vista, alargando el proceso y yendo contra el espíritu del mismo, y si se ve indefenso, solo a su propia conducta se debe, y dado que ni siquiera ahora indica cuáles serían sus pruebas, ni da argumentos contra la fundamentación de la sentencia, referida al fondo de la cuestión controvertida, la misma ha de ser confirmada, con rechazo del recurso».

§. La SAP de Barcelona, Sección 17ª, de 21 de mayo de 2014[65], confirma la sentencia de primera instancia que sobreseyó un proceso europeo de escasa cuantía al apreciar la existencia de litispendencia respecto de un proceso declarativo ordinario pendiente entre las mismas partes y derivado de un proceso monitorio europeo. El caso es el siguiente: la demandante (FM HOTEL SRO), titular de un establecimiento hotelero, presenta una demanda de proceso europeo de escasa cuantía contra KEYTEL, sociedad dedicada a la publicitación y comercialización de establecimientos hoteleros, por la que reclama la cantidad de 1161,35 euros en concepto de facturas impagadas. La parte demandada se opone a la demanda alegando que la actora le debe, por razón de los servicios prestados, una cantidad mayor que la que esta le reclama, y formula reconvención solicitando la condena del actor al pago de 1400,35 euros. Con carácter previo a la interposición de la demanda de proceso europeo de escasa cuantía, KEYTEL había presentado una demanda de proceso monitorio europeo contra FM HOTEL SRO reclamando la suma de 800,60 euros con base en las mismas facturas, salvo una, en las que fundamenta su reconvención en el proceso europeo de escasa cuantía. Por su parte, FM HOTEL SRO se opuso en el proceso monitorio europeo y aportó las mismas facturas que son objeto de reclamación en el proceso europeo de escasa cuantía.

El Tribunal de apelación confirma la apreciación de litispendencia y el consiguiente sobreseimiento del proceso europeo de escasa cuantía acordado por el Juzgado de Primera Instancia, porque considera que entre el proceso europeo de escasa cuantía y el declarativo derivado del monitorio europeo se da la necesaria identidad subjetiva y objetiva que requiere la litispendencia. La identidad subjetiva entre ambos procesos no es objeto de controversia y, en cuanto a la identidad objetiva, la Audiencia advierte que «la reclamación articulada por KEYTEL, S.A. mediante el procedimiento monitorio… coincide, a excepción de la sola factura antes reseña-

65. Id Cendoj: 08019370172014100158.

da, con la pretensión ejercitada por vía reconvencional en este procedimiento. Por otra parte, constatamos también que el sustrato documental que sirve de apoyo a la presente demanda es el mismo que el aportado a la oposición planteada por la aquí demandante, FM HOTEL S.R.O., ante el requerimiento monitorio, oposición que, hasta donde nos consta, se ha mantenido pese a la existencia de este proceso (y que de no sostenerse en un futuro quedaría, a lo sumo, imprejuzgada). Además, en todo caso, de las alegaciones de las partes -incluida la contestación a la reconvención- se deduce que los hechos subyacentes a sus respectivas reclamaciones derivan del incumplimiento que mutuamente se imputan de la relación contractual que han mantenido, generándose, en caso de tramitarse separadamente los dos litigios, un evidente riesgo de interferencia y de resoluciones contradictorias que, precisamente, la litispendencia apreciada trata de impedir».

§. En el marco de un proceso europeo de escasa cuantía se dicta la SAP de Bizkaia, Sección 4ª, de 19 de octubre de 2016[66], que desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia que condenó al demandado, que se había allanado antes de contestar a la demanda, a pagarle la cantidad de 250 euros, pero no le condenó al pago de las costas. El apelante recurre la no imposición de la condena en costas al demandado y alega la infracción del art. 395.1, II LEC porque, aunque el demandado se había allanado antes de contestar, hubo dos reclamaciones extrajudiciales previas a la demanda que fueron desatendidas por la parte demandada. La Audiencia Provincial no entra en el motivo de fondo del recurso porque considera que, con base en el art. 455.1 LEC, el recurso no debió ser admitido, habida cuenta de que se interpone contra una sentencia dictada en un proceso europeo de escasa cuantía que sigue los trámites de un juicio verbal por razón de la cuantía y que esta no supera los 3000 euros (la cuantía en este caso era de 250 euros).

§. El AAP de Valencia, Sección 8ª, de 14 de mayo de 2018[67], no puede decirse con seguridad si se dicta en el marco de un proceso europeo de escasa cuantía o en el de un proceso monitorio europeo. Aunque la Audiencia Provincial habla en todo momento de «proceso monitorio europeo», se refiere expresamente al Reglamento (CE) n.º 861/2007 por el que se establece el proceso europeo de escasa cuantía, sin mencionar en ningún momento el Reglamento (CE) n.º 1869/2006 por el que se establece el proceso monitorio europeo. En verdad, poco importa el proceso europeo del que traiga causa esta sentencia porque la cuestión planteada en apelación es una cuestión estrictamente de competencia internacional que se resuelve al amparo del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, cualquiera que sea el proceso europeo que se siga. En este caso, el demandante recurre en apelación el auto del

66. Id Cendoj: 48020370042016100401.

67. Id Cendoj: 46250370082018200091.

Juzgado de Primera Instancia que inadmite la demanda por falta de competencia internacional de los tribunales españoles, debiendo presentarse ante los tribunales de Alemania, lugar del domicilio del demandado. La Audiencia, sin embargo, aprecia la competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de la demanda y, consecuentemente, estima el recurso de apelación. Se trataba en este caso de una demanda presentada por un consumidor domiciliado en España contra una empresa domiciliada en Alemania. Habiendo quedado acreditado que la empresa demandada ejercía actividades comerciales en España y que el contrato estaba comprendido en el marco de dichas actividades, y siendo el demandante un consumidor, resulta aplicable el art. 18.1 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, en cuya virtud «la acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor».

§. En el AAP de Barcelona, Sección 15ª, de 25 de julio de 2018[68], se confunden de nuevo el proceso monitorio europeo y el proceso europeo de escasa cuantía, hasta el punto de hablar de «proceso monitorio de escasa cuantía»[69]. En este caso se trata de la ejecución en España de una sentencia dictada en un proceso europeo de escasa cuantía tramitado ante un tribunal polaco. El Juzgado de Primera Instancia español dicta auto despachando ejecución de conformidad con el art. 39 del Reglamento (CE) 44/2001. El ejecutado recurre en apelación el auto de despacho alegando la indebida aplicación del Reglamento (CE) 44/2001, por resultar de aplicación el Reglamento (CE) 1215/2012, en vigor desde el 10 de enero de 2015. Sostiene, además, que el testimonio de la sentencia que se pretende ejecutar no reúne los requisitos exigidos por la normativa europea. Por último, de estimarse la aplicación del Reglamento (CE) 44/2001, opone la excepción contemplada en el art. 34.2, esto es, la falta de entrega de la cédula de emplazamiento en las resoluciones dictadas en rebeldía.

La Audiencia Provincial de Barcelona considera que la ejecución no debió despacharse con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CE) 44/2001, sino que debió hacerlo con fundamento en el Reglamento (CE) 861/2007 por el que se establece

---

68. Id Cendoj: 08019370152018200094.

69. De «proceso monitorio europeo de escasa cuantía» habla también el AAP de Madrid, Sección 25ª, de 19 de octubre de 2012, en un asunto en el que no hay forma de saber de qué proceso europeo se trata. En este caso, daba igual de qué proceso europeo se tratase, porque la cuestión apelada era estrictamente una cuestión de competencia internacional que había que resolver en todo caso aplicando las normas de competencia del Reglamento 44/2001. No obstante, la confusión entre ambos procesos europeos en esta sentencia es muy llamativa: en su fundamentación jurídica, la Audiencia hace referencia simultáneamente a la Disposición final vigésima tercera de la Ley 4/2011 y a la Disposición final vigésima cuarta de la Ley 11/2004 (en realidad, estas dos Disposiciones finales son disposiciones de la LEC, añadidas, eso sí, por la Ley 4/2011) que se refieren a dos procesos distintos, la primera al proceso monitorio europeo y la segunda al proceso europeo de escasa cuantía. Por otro lado, menciona el RPEEC y el 813 de la LEC.

un proceso europeo de escasa cuantía. La cuestión de la norma aplicable en este caso resulta trascendente porque los motivos de oposición y los medios de impugnación varían sustancialmente en uno y otro caso. De acuerdo con lo previsto en el RPEEC, solo cabe revisar la autenticidad del título (art. 21) y denegar la ejecución, a instancia del ejecutado, si existe una sentencia anterior sobre el mismo objeto (art. 22). Y, a diferencia de lo previsto en el Reglamento 44/2001 (art. 43) o en el vigente Reglamento 1215/2012 (art. 49), la resolución sobre la denegación o no de ejecución no puede ser recurrida en apelación. En consecuencia, dado que lo que es causa de inadmisión lo es de desestimación, la Audiencia desestima el recurso y repone las actuaciones al momento en que se admitió indebidamente la apelación. El Juzgado deberá conceder un nuevo traslado al ejecutado para que se oponga a la ejecución de conformidad con lo previsto en el art. 22 RPEEC y resolver a continuación, sin que contra el auto que deniegue o rechace la oposición quepa recurso de apelación.

§. El AAP de Madrid, Sección 10ª, de 15 de junio de 2021[70], desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del Juzgado de Primera Instancia que inadmitió la demanda de proceso europeo de escasa cuantía por no tener el asunto carácter transfronterizo en los términos del art. 3 RPEEC. En este caso, la Audiencia confirma la resolución de inadmisión de la demanda porque el demandado no tiene su domicilio o residencia en ningún Estado miembro de la Unión Europea y, por tanto, no se cumple el requisito del art. 3 RPEEC de que al menos una de las partes tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro distinto del Estado miembro al que pertenezca el tribunal que conoce del proceso. En todo caso, la Audiencia ordena que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 4.3 RPPEC para los casos en que la demanda no esté incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento, en cuya virtud «a no ser que el demandante desista de la demanda, el órgano jurisdiccional la tramitará de acuerdo con la legislación procesal aplicable en el Estado miembro en el que vaya a desarrollarse el proceso».

§. El AAP de Málaga, Sección 4ª, de 23 de febrero de 2021[71], estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del Juzgado de Primera Instancia de 20 de diciembre de 2019 que inadmitió a trámite la demanda de proceso europeo de escasa cuantía porque se reclamaba una cantidad superior a la máxima permitida en este proceso europeo, que el Juzgado, erróneamente, cifró en 2000 euros. Como bien sabemos a estas alturas, el Reglamento (UE) 2015/2421 por el que se modificó el RPEEC elevó de 2000 a 5000 euros la cuantía de este proceso europeo, modificación aplicable desde el 14 de julio de 2017. Por esta razón,

70. Id Cendoj: 28079370102021200174.

71. Id Cendoj: 29067370042021200383.

puesto que la cantidad reclamada en la demanda no excedía de 5000 euros, el tribunal de apelación estima el recurso del apelante y declara que no ha lugar a la inadmisión de la demanda.

2.4. Problemas y evaluación

§. El problema principal para la aplicación práctica del proceso europeo de escasa cuantía es la falta de conocimiento de este procedimiento por parte de los profesionales que intervienen en él, así como de sus usuarios potenciales, lo que provoca que apenas se utilice. Se trata de un problema sistémico que alcanza a todos los Estados miembros vinculados por el RPEEC, aunque en algunos Estados el problema sea más grave que en otros. Este escaso conocimiento, unido al hecho de que el proceso europeo de escasa cuantía no sea un proceso obligatorio sino meramente opcional, hace que los profesionales se decanten por el proceso que conocen, el nacional, aun cuando el asunto entre dentro del ámbito de aplicación del RPEEC[72]. Así se recoge expresamente en el Informe de la Comisión Europea de junio de 2017 titulado *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectivennes of the procedural protection of consumers under EU consumer law*[73].

§. Al margen de este problema general, el Informe de la Comisión Europea recoge otros problemas específicos de aplicación del RPEEC, a saber: la determinación del tribunal competente para conocer de la demanda, la representación y asistencia de las partes, los requisitos en materia de prueba, los costes y el pago de las tasas judiciales, el cálculo de los intereses legales y las sanciones, los requisitos lingüísti-

---

72. Para algunos autores, buena parte del problema de la falta de éxito del proceso europeo de escasa cuantía está precisamente en su carácter opcional y ven una paradoja en el hecho de que las normas de la UE destinadas a una gestión más eficaz de las reclamaciones de escasa cuantía dentro de la UE se apliquen solo como una alternativa a las normas nacionales. La rentabilidad y la velocidad óptima son conceptos predominantes hoy en día que caracterizan sistemas de resolución de conflictos bien equilibrados. Un sistema de resolución de conflictos en el que un usuario puede optar por utilizar procedimientos más costosos, más lentos y menos efectivos no cumple con los estándares de calidad modernos. Por ello, proponen hacer obligatorio el procedimiento para las reclamaciones transfronterizas dentro de la UE. Tal cambio en la naturaleza de este procedimiento puede desencadenar no solo un aumento en la frecuencia de su uso sino también catalizar un desarrollo más rápido de la misma (cfr. Simaitis, R., Vbrait, V. y Markeviit, M., «European Small Claims Procedure in the real of the other European proceedings», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, 2022).

73. Se trata de un informe elaborado por un consorcio de universidades europeas dirigido por el Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law por encargo de la Comisión Europea (coordinador científico: Profesor Burkhard Hess). El estudio se llevó a cabo aplicando una metodología compleja y mixta que combinaba paradigmas de investigación cualitativos y cuantitativos: se utilizaron de forma complementaria la investigación documental y de archivos, los cuestionarios en línea, las entrevistas y los informes nacionales elaborados por expertos en Derecho procesal y en Derecho de la protección del consumidor. Xandra Kramer y Elena Alina Ontanu fueron las encargadas de redactar la sección dedicada al proceso europeo de escasa cuantía (*vid*. pp. 342-354).

cos, los plazos procesales, las notificaciones y la revisión de la sentencia[74]. Hay que señalar, no obstante, que este informe es anterior a la fecha de aplicación del Reglamento (UE) 2015/2421, por el que se modifica el RPEEC, y que algunos de los problemas específicos mencionados han quedado bien resueltos tras su aplicación, a saber: i) el aumento del umbral cuantitativo a 5.000 euros hace que el instrumento esté disponible para un mayor número de demandas; ii) el procedimiento sigue siendo preferentemente escrito, pero se fomenta el uso de las tecnologías de comunicación a distancia para las audiencias orales y la práctica de la prueba; iii) se favorece el uso de medios electrónicos en relación con los métodos de notificación de documentos cuando estén disponibles a nivel nacional; iv) las tasas judiciales aplicadas no deben ser desproporcionadas en relación con la demanda y no deben ser superiores a las tasas judiciales aplicadas en los procesos judiciales simplificados nacionales, pudiendo abonarse, además, a través de medios de pago a distancia; v) el procedimiento de revisión de la sentencia en casos excepcionales se ha aclarado y mejorado en gran medida; y vi) las dificultades lingüísticas también se han abordado, limitando la necesidad de traducción a efectos de ejecución.

No obstante lo anterior, lo cierto es que aún subsisten algunos problemas técnicos que limitan su aplicación práctica. Así, por ejemplo, la determinación del tribunal con competencia internacional para conocer de la demanda no es un asunto sencillo para un ciudadano que no sepa Derecho, a pesar de la información que, con el loable propósito de ayudar al justiciable, proporciona el formulario de demanda[75]. Incluso si el usuario logra aplicar correctamente las disposiciones del Reglamento Bruselas I bis, tendrá también que identificar el tribunal nacional territorialmente competente para conocer de su demanda. En este punto es imprescindible que la información que faciliten los Estados miembros a la Comisión Europea sobre los órganos jurisdiccionales competentes sea lo más clara, sencilla y completa posible, y que dicha información, accesible a través del Atlas Judicial Europeo, se mantenga actualizada.

La exigencia de redactar el formulario de demanda en la lengua o una de las lenguas del procedimiento del órgano jurisdiccional (art. 6.1 RPEEC) también puede suponer un obstáculo difícil de salvar: por un lado, porque aunque el formulario en su mayor parte está diseñado para que el usuario se limite a marcar casillas, hay

---

74. Algunos de estos problemas ya fueron identificados previamente en el Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación del RPEEC de 19 de noviembre de 2013.

75. El formulario de demanda (sección 4) ofrece un listado no exhaustivo de criterios que, con arreglo al Reglamento 1215/2012, permiten fundar la competencia internacional (domicilio del demandado; domicilio del consumidor; domicilio del titular de la póliza, el asegurado o el beneficiario en cuestiones de seguros; lugar de cumplimiento de la obligación reclamada; lugar del daño; lugar en que está situado el inmueble; o el tribunal elegido por acuerdo de las partes). En el sitio Internet del Atlas Judicial Europeo también puede encontrarse información sobre las normas de atribución de competencia: https://e-justice.europa.eu/content_brussels_i_regulation_recast-350-es.do

partes, como la explicación de la demanda y los documentos justificativos que deben redactarse o traducirse en la lengua del procedimiento y, por otro lado, porque aunque los formularios se proporcionan en el idioma que elige el usuario, no son bilingües, de forma que el usuario se ve obligado a descargar o abrir en línea simultáneamente dos formularios: uno en el idioma del tribunal competente y otro en el idioma que comprende. Esto no supone un problema para los consumidores, pues generalmente podrán presentar la demanda ante los tribunales de su domicilio (art. 18.1 del Reglamento Bruselas I bis) y, por tanto, en su propia lengua, pero sí para las pequeñas y medianas empresas que están obligadas a presentar la demanda ante los tribunales del domicilio del consumidor (art. 18.2 Reglamento Bruselas I bis). Para superar esta dificultad lingüística se ha propuesto exigir como requisito que los Estados miembros tengan que aceptar una segunda lengua entre las más comunes de la Unión Europea (por ejemplo, inglés o francés). Evidentemente, esta elección del idioma podría dar lugar a dificultades en la gestión del procedimiento por parte de los tribunales nacionales, pero estas podrían fácilmente resolverse considerando la posibilidad de concentrar este procedimiento en un número reducido de tribunales nacionales. De este modo, se resolvería también el problema actual de ineficacia en la gestión del procedimiento por parte de los tribunales nacionales que viene en buena medida determinado por el hecho de ser un proceso poco conocido incluso por los jueces porque raramente tienen que aplicarlo[76].

Con el mismo fin, mejorar técnicamente el procedimiento y solucionar los problemas actuales de este instrumento europeo, se ha sugerido también obligar a los tribunales a aceptar formularios y documentos por medios electrónicos, así como promover la tramitación electrónica de todo el procedimiento[77]. Incluso, está sobre la mesa una interesante propuesta consistente en poner en marcha una plataforma online que incorpore en la Unión Europea el proceso europeo de escasa

---

76. Pueden verse estas propuestas en MAFFEO, A. y ROLANDO, F., «The EU action in the field os small claims procedures and the limits resulting from its implementation in the national legal systems», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, 2022.

77. La tramitación electrónica del proceso europeo de escasa cuantía exige contar con los instrumentos electrónicos necesarios. Especialmente importante en este ámbito es e-CODEX PLUS, un proyecto relacionado con e-CODEX cofinanciado por la Comisión Europea y dirigido por los Estados miembros de Alemania, Polonia, Portugal, Austria, Grecia y los Países Bajos. Este proyecto tiene como objetivo, en primer lugar, ayudar a los Estados miembros a implementar e-CODEX para poder intercambiar datos en procedimientos transfronterizos de Derecho civil. En segundo lugar, pretende fortalecer y profundizar el soporte de e-CODEX para la tramitación de procedimientos judiciales transfronterizos. e-CODEX PLUS utilizará las soluciones desarrolladas por e-CODEX, a saber, la plataforma e-Delivery, y profundizará la comprensión del soporte potencial para los usuarios de EPO y ESC al investigar el valor agregado de las reglas comerciales en la implementación de e-CODEX. El trabajo de e-CODEX PLUS dará como resultado un mayor número de países europeos interconectados, capaces tanto de recibir como de enviar reclamaciones civiles en línea de forma segura y fiable. Como resultado, los procedimientos judiciales serán más eficientes y el acceso a la justicia transfronteriza para los demandantes y los profesionales del derecho será más fácil. https://www.e-codex.eu/projects y https://www.e-codex.eu/e-codex_plus

cuantía, de modo similar a la plataforma europea ODR (*Online Dispute Resolution*) prevista para las reclamaciones de los consumidores[78]. De este modo, los procedimientos que hasta ahora se llevan a cabo en los tribunales nacionales de los Estados miembros pasarían a tramitarse totalmente en esta plataforma en línea. La implementación de la plataforma se plantea como una propuesta para promover el uso del proceso europeo de escasa cuantía y mejorar el acceso a la justicia en la Unión Europea, incorporando las tecnologías ya existentes[79].

§. A más tardar el 15 de julio de 2022, la Comisión debe presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre el funcionamiento del RPEEC (art. 28), que nos permitirá conocer la eficacia práctica real de la reforma de 2015, aunque los datos estadísticos de los cinco años posteriores a la aplicación de la reforma permiten anticipar que el proceso europeo de escasa cuantía sigue sin tener el éxito pretendido y esperado. Así pues, aunque el proceso europeo pueda y deba seguir mejorándose técnicamente, creo que en estos momentos los esfuerzos tanto desde las instituciones de la Unión Europea[80] como en cada uno de los Estados miembros deben dirigirse a la realización de más acciones de información y formación para aumentar el conocimiento de este instrumento europeo entre sus usuarios potenciales (consumidores y pequeñas y medianas empresas), así como entre los profesionales que intervienen en él. De poco sirve, por ejemplo, mejorar técnicamente y simplificar aún más los formularios de demanda y contestación disponibles en el sitio web del Atlas Judicial Europeo cuando el problema está en saber de su existencia y cómo acceder a ellos.

---

78. La Plataforma ODR es una herramienta online desarrollada por la Comisión Europea para la resolución de litigios en línea y que tiene como fin ayudar a consumidores y comerciantes a resolver por vía extrajudicial sus litigios tanto nacionales como europeos relacionados con compras online.

79. Cfr. MARQUES CEBOLA, C y VARREGOSO MESQUITA, «Una plataforma online para el proceso europeo de escasa cuantía: análisis y propuesta holística», *Justicia digital, mercado y resolución de litigios de consumo*, Dir. ESTEBAN DE LA ROSA, F., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 61-87. También, «European Small Claims Procedure; an effective process? A proposal for an online platform», *Access to Justice in Eastern Europe*. Published online: 14 de marzo de 2022. *https://ajee-journal.com/european-small-claims-procedure-an-effective-process-a-proposal-for-an-online-platform*.

80. Desde estas páginas no queremos dejar de elogiar los continuos esfuerzos de la Comisión Europea para apoyar proyectos que buscan difundir el conocimiento de este instrumento europeo entre los ciudadanos europeos y las pequeñas y medianas empresas radicadas en la UE. Un buen ejemplo de ello es el proyecto SCAN (Small Claims Analysis Net), cofinanciado por la UE y coordinado por la Universidad de Nápoles Federico II (UNINA), en consorcio con otros 8 socios europeos, cuyo objetivo principal es mejorar la aplicación eficiente y práctica del proceso europeo de escasa cuantía, especialmente con la creación de la EU Small Claims Platform: https://www.scanproject.eu/, https://www.scanproject.eu/small-claims-platform-euscplatform/

3. Los litigios de escasa cuantía en la Ley de Enjuiciamiento Civil española

§. Una vez vista la solución europea para los litigios de escasa cuantía, es el turno de pasar a examinar el tratamiento que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil da a esta concreta clase de litigios. Solo así se podrá cumplir el objetivo final de este trabajo, que no es otro que realizar un análisis comparativo de los modelos europeo y español para las demandas de escasa cuantía.

§. En materia de competencia judicial, como ya se adelantó en la introducción, la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye a los Juzgados de Paz, integrados por jueces legos, la competencia objetiva para conocer, en primera instancia, de los asuntos civiles de cuantía no superior a 90 euros que no estén comprendidos en ninguno de los casos a que, por razón de la materia, se refiere el art. 250.1 (art. 46). Pero, dejando al margen esta exigua competencia objetiva de los Jueces de Paz por razón de la cuantía, el resto de los asuntos, es decir, todos aquellos cuya cuantía exceda de noventa euros, corresponderá, en primera instancia, bien a los Juzgados de Primera Instancia (art. 45 LEC), bien a los Juzgados de lo Mercantil cuando la reclamación se refiera a alguna de las materias para las que estos tienen competencia *ex* art. 86 ter LOPJ, como es el caso de las reclamaciones en materia de transportes, nacional o internacional, que con bastante frecuencia son de escasa cuantía (sobre todo, en materia de transporte aéreo como consecuencia de retrasos en el vuelo, perdida de enlaces con otros vuelos o de equipaje).

§. En cuanto al procedimiento, no existe en la Ley de Enjuiciamiento Civil un proceso declarativo, ni ordinario ni especial, que tenga por objeto en exclusiva las demandas de pequeño interés económico, en forma parecida al proceso europeo de escasa cuantía. Lo que no significa que el legislador procesal civil español no tenga en cuenta la cuantía de la demanda para determinar la clase de proceso declarativo ordinario que debe seguirse, el juicio ordinario o el juicio verbal. De acuerdo con el art. 248 LEC, la determinación del procedimiento legalmente adecuado se lleva a cabo preferentemente por razón de la materia sobre la que versa el litigio: hay determinadas materias para las que el legislador quiere que, en todo caso, el cauce procedimental sea el del juicio ordinario —las enumeradas en el art. 249.1 LEC— o el del juicio verbal —las enumeradas en el art. 250.1 LEC—, con independencia de la cuantía o interés económico de la demanda. Pero cuando el litigio no versa sobre alguna de esas materias, lo que sucede con mucha frecuencia, el criterio relevante pasa a ser la cuantía de la demanda: han de decidirse en el juicio ordinario las demandas cuya cuantía exceda de 6000 euros y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo (art.

249.2 LEC), y han de decidirse en el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de 6000 euros[81].

Así pues, dejando ahora al margen el criterio preferente de la materia y centrándonos en el criterio subsidiario de la cuantía, el legislador español reserva el juicio verbal para las demandas de pequeño o menor interés económico —en lenguaje europeo, las demandas de escasa cuantía—, entendiendo como tales no solo aquellas en las que el demandante reclame una cantidad de dinero no superior a 6000 euros, sino también las que tengan por objeto una reclamación no dineraria, siempre que el interés económico de la demanda, calculado conforme a las reglas de determinación de la cuantía de los arts. 251 y 252 LEC, no rebase dicho importe.

Además, en el juicio verbal tipo se incorporan algunas especialidades procesales cuando la cuantía no excede de 2000 euros: fundamentalmente, la no exigencia de abogado y procurador, la posibilidad de que los escritos de alegaciones de las partes se presenten a través de modelos normalizados y la imposibilidad de recurrir la sentencia. Ciertamente, sería excesivo decir que existen en la Ley de Enjuiciamiento Civil dos procesos diferentes, uno para las demandas cuya cuantía no exceda de 2000 euros y otro para aquellas cuya cuantía se fije entre 2000 y 6000 euros, pues en ambos casos han de seguirse los trámites del juicio verbal (arts. 437 y ss. LEC), pero de lo que no cabe duda es de que las especialidades del juicio verbal por razón de la cuantía cuando esta no excede de 2000 euros son realmente determinantes a la hora de eludir las desventajas e inconvenientes que presenta el proceso para la litigación de escasa cuantía.

§. Por lo demás, conviene insistir una vez más en la idea ya expresada en relación con el proceso europeo de escasa cuantía de que la presumible sencillez de un proceso por reclamaciones de cantidad pequeña no es un criterio correcto: las consideraciones jurídicas para condenar al pago de una cantidad pequeña pueden ser muy complejas en función de los hechos y la situación jurídica.

§. Por último, aunque no tenga demasiada relevancia práctica, hay que señalar que la Ley de Enjuiciamiento civil atribuye a los Jueces de Paz, jueces legos que no forman parte de la Carrera Judicial, el conocimiento en primera instancia de los asuntos civiles de cuantía no superior a 90 euros (art. 47 LEC). El procedimiento para tramitar estas demandas no cambia, sigue siendo el juicio verbal, pero sí lo hace el órgano jurisdiccional competente.

---

81. En la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cantidad que determinaba si debía seguirse el juicio verbal o el juicio ordinario era 3000 euros —*rectius*, quinientas mil pesetas—, elevándose a 6000 euros por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

3.1. El juicio verbal por razón de la cuantía

§. Al igual que hemos hecho con el proceso europeo de escasa cuantía, corresponde ahora examinar el proceso español de escasa cuantía, esto es, el juicio verbal por razón de la cuantía. No pretendemos hacer un análisis exhaustivo de esta clase de juicio[82] sino poner el foco en los elementos que lo definen, con el fin de poder determinar si este cauce procedimental, tal y como está diseñado, permite o no un verdadero acceso eficaz de los acreedores de escasa cuantía a la justicia en caso de lesión de sus derechos e intereses, eliminando los obstáculos que los disuaden a la hora de exigir aquello que les corresponde, por pequeño que sea su valor económico.

En este examen, además, no perderemos de vista lo ya expuesto en relación con el proceso europeo de escasa cuantía, pues de lo que se trata es de ver si el proceso simplificado español para las demandas de escasa cuantía se aproxima o se aleja de los principios y postulados del proceso europeo y en qué grado o medida lo hace. En aquellos aspectos en los que no haya sintonía entre el proceso español y el europeo, habrá que plantearse la conveniencia o no de reformar nuestro juicio verbal para adaptarlo al modelo europeo para la escasa cuantía.

3.1.1. *Caracteres generales del procedimiento: oralidad, concentración e inmediación*

§. Como es sobradamente sabido, frente al tradicional predominio de los procedimientos escritos, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 apostó fuertemente por un proceso civil predominantemente oral, dando así cumplimiento al mandato establecido en el art. 120.2 CE. Esta apuesta por la oralidad como medio para mejorar la eficacia procesal se manifiesta en las dos clases de procesos declarativos ordinarios que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juicio ordinario y el juicio verbal, aunque, sin duda, es en este último en el que la oralidad —y con ella, la concentración y la inmediación— se lleva a su máxima expresión; de ahí precisamente el nombre elegido para esta clase de juicios.

El juicio verbal es un proceso declarativo ordinario, más breve y sencillo que el juicio ordinario, caracterizado por la *oralidad*, la *inmediación* y la *concentración*, que permite tramitar a través de una única comparecencia ante el tribunal —la vista— los asuntos más sencillos por razón de la materia y los de menor trascendencia económica por razón de la cuantía.

---

82. Para un excelente análisis del juicio verbal, cfr. VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., *El juicio verbal y sus especialidades*. Colección 20 años de la LEC 2000: Los procedimientos civiles ordinarios y los recursos. Coord. BANACLOCHE PALAO, J., La Ley, Madrid, 2020.

§. Es sabido también que la escritura en el proceso lleva consigo el orden sucesivo y espaciado de los actos procesales. En los procedimientos predominantemente escritos, los actos procesales se suceden en el tiempo según un orden preestablecido legalmente por preceptos que, para cada acto, conceden un plazo o señalan un término. Esta sucesión preordenada del proceso, que adquiere plena eficacia en la realidad procesal gracias al instituto jurídico de la preclusión, exige dispersión de las actuaciones procesales, en la medida en que se necesita tiempo para redactar los actos procesales escritos. Y la dispersión, se quiera o no, implica lentitud y dilaciones. La oralidad, por el contrario, comporta la concentración de las actuaciones. Así, en los procesos predominantemente orales, la mayor parte de la actividad procesal alegatoria y probatoria se concentra en un solo acto oral tras el que el juez debe, sin más, dictar sentencia en un breve plazo de tiempo. La oralidad y la concentración exigen también, como algo inescindible de ellas, la inmediación, esto es, que el juez esté presente en la práctica de las pruebas y que sea ese mismo juez, y no otro, el que dicte después la resolución que corresponda.

La concentración de las actuaciones orales y la inmediación judicial conducen, pues, a una respuesta judicial más rápida y, por ende, menos costosa; requisitos de mucho peso cuando el interés económico en juego es escaso. Por este motivo, la Ley de Enjuiciamiento Civil incluye las demandas de escasa cuantía dentro del ámbito de aplicación del juicio verbal (art. 249.2). Se trata de un proceso simplificado en el que, una vez presentados los escritos de demanda y contestación[83], el juez sin más trámites citará a las partes a la vista, en la que se sustanciarán de forma oral y concentrada todas las demás actuaciones procesales. Se pone con ello de manifiesto que el legislador español considera la oralidad como la forma más adecuada

83. Por lo que se refiere a la forma escrita de los principales actos de alegaciones de las partes en el juicio verbal, hay que advertir que en la redacción originaria de la LEC la escritura se reservaba únicamente para la demanda, mientras que el demandado debía contestar oralmente en el acto de la vista. Sin embargo, pronto se vio que esa construcción —demanda escrita y contestación oral en la vista— generaba muchos problemas, debido a la situación de desigualdad en que se colocaba al demandante: mientras que el demandado acudía a la vista con conocimiento de las pruebas principales del actor (documentos y dictámenes periciales), que tenían que aportarse con la demanda, el actor acudía a la vista «a ciegas», con absoluta ignorancia de la defensa del demandado, que contestaba oralmente a la demanda y aportaba sus documentos y dictámenes en el mismo acto de la vista. En la mayoría de las ocasiones, además, la única solución para poder dar respuesta a estos problemas pasaba por la interrupción de la vista, solución radicalmente opuesta a la concentración de actuaciones y a la unidad de acto que caracterizan el juicio verbal. Aunque los problemas se advirtieron enseguida, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que se refiere a este extremo no se hizo hasta la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que fue la que introdujo, entre otras modificaciones, la contestación escrita a la demanda en el juicio verbal «con la finalidad de reforzar las garantías derivadas del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que son fruto de la aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que venían siendo demandadas por los diferentes operadores jurídicos». Sobre los graves inconvenientes de la contestación oral a la demanda en el acto de la vista, *vid.* BERNARDO SAN JOSÉ, A., «El juicio verbal: análisis crítico y propuestas de mejora. Especial referencia a la reforma del juicio de desahucio por falta de pago efectuada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre», *Los procesos declarativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los diez años de su vigencia. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma,* coord. BANACLOCHE PALAO, J., La Ley, Madrid, 2012, pp. 319-360.

para conseguir que los litigios de escasa cuantía se resuelvan a través de procesos simples, rápidos y poco costosos.

§. Por lo que se refiere a la postulación en el juicio verbal por razón de la cuantía, la regla es diferente en función de cuál sea la cuantía del litigio: cuando la cuantía no exceda de 2000 euros, los litigantes podrán comparecer por sí mismos, sin abogado ni procurador (arts. 23.2.1º y 31.2.1º LEC)[84]. Por el contrario, cuando la cuantía supere esa cantidad, será preceptiva la intervención de ambos profesionales (arts. 23.1 y 31.1. LEC).

3.1.2. *Desarrollo del procedimiento*

§. El juicio verbal da comienzo por medio de una demanda que, como regla, ha de tener el contenido y la forma propios de la demanda de juicio ordinario establecidos en el art. 399 LEC (art. 437.1 LEC). No obstante, en los juicios verbales en los que no sea preceptiva la intervención de abogado y procurador —juicios verbales cuya determinación se haya efectuado por razón de la cuantía y esta no exceda de 2000 euros— podrá interponerse una demanda sucinta o simplificada, en la que bastará con consignar los datos de identificación y localización de las partes, fijar con claridad y precisión lo que se pida y concretar los hechos fundamentales en los que se basa la petición. Además, con el fin de facilitar al máximo la presentación de la demanda sucinta cuando la parte actúa sin abogado y procurador, está previsto que pueda hacerse cumplimentando unos impresos normalizados que se hallarán a su disposición en el órgano jurisdiccional correspondiente (art. 437.2 LEC)[85], e incluso también cumplimentar y presentar telemáticamente el impreso normalizado de demanda sucinta de juicio verbal a través de la Sede Judicial Electrónica del Ministerio de Justicia[86].

---

84. Como ya se ha dicho, originariamente la LEC no exigía abogado y procurador en los juicios verbales cuya cuantía no excediera de 900 euros —*rectius*, ciento cincuenta mil pesetas—. Fue la Ley 4/2011, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, la que elevó la cuantía de 900 a 2000 euros, para igualarla con la que en ese momento establecía el RPEEC.

85. El impreso normalizado de demanda sucinta fue aprobado por la Instrucción 1/2002, de 5 de noviembre de 2002, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por la que se aprueban los impresos normalizados para su presentación directa por los ciudadanos en los supuestos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ha sido actualizado por Acuerdo de 22 de diciembre de 2015, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueban los modelos normalizados previstos en las leyes de Enjuiciamiento Civil y de Jurisdicción Voluntaria.

86. Sobre la dudosa legalidad de los formularios de la Sede Judicial Electrónica, en general, y del formulario para juicios verbales de cuantía no superior a 2000 euros, en particular, *vid.* GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Los formularios y el principio de legalidad», *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Dirs. HERRERO PEREZAGUA, J.F., y LÓPEZ, SÁNCHEZ, J., Atelier, Barcelona, 2020, pp. 87-102.

§. Incomprensiblemente, el impreso normalizado de demanda sucinta aprobado por el CGPJ, tal y como está redactado, solo sirve para reclamaciones dinerarias, sin que tengan cabida en él las reclamaciones no dinerarias de cuantía no superior a 2000 euros. Así, en el encabezamiento del modelo normalizado se dice:

> «FORMULO DEMANDA SUCINTA DE JUICIO VERBAL en reclamación de ..... más intereses y costas contra:».
>
> Y el suplico está redactado en los siguientes términos:
>
> «En atención a lo expuesto, PIDO AL JUZGADO:
>
> Que se condene a la parte demandada a pagarme la cantidad de..... más el interés legal (o el pactado si fuera mayor), desde la interpelación judicial o requerimiento extrajudicial, así como al abono de las costas procesales.»[87]

Ciertamente, puesto que lo aprobado por el CGPJ son «modelos» normalizados, el demandante podría tomar como referencia el modelo de demanda sucinta de juicio verbal e introducir las modificaciones oportunas a los efectos de poder realizar una reclamación no dineraria de cuantía no superior a 2000 euros, del mismo modo que podría presentar una demanda sucinta sin hacer uso del impreso normalizado e incluso una demanda con el contenido y forma propios del juicio ordinario; pero, puesto que los impresos normalizados tienen la finalidad de facilitar la presentación de la demanda a personas sin conocimientos jurídicos que actúan sin abogado y procurador, lo lógico sería que el «modelo» permitiese también formular reclamaciones no dinerarias por valor no superior a 2000 euros que, por razón de la cuantía, deban tramitarse por los cauces del juicio verbal. Adviértase, además, que la posibilidad de adaptar el modelo a una reclamación no dineraria no puede hacerse, en ningún caso, a través de la Sede Judicial Electrónica, pues en este caso no hay forma de alterar lo más mínimo el formulario.

§. Admitida la demanda, se dará traslado al demandado para que en el plazo de diez días conteste conforme a lo dispuesto en el art. 405 LEC para el juicio ordinario. En los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2000 euros, el decreto de admisión de la demanda informará al demandado de que puede contestarla cumplimentando el impreso normalizado correspondiente (art. 438.1 LEC). El demandado podrá también cumplimentar y presentar telemáticamente el impreso normalizado de contestación sucinta a la demanda a través de la Sede Judicial Electrónica del Ministerio de Justicia.

---

87. Estos son también los términos del formulario de demanda sucinta que encontramos en la Sede Judicial Electrónica.

§. Una vez contestada la demanda —y, en su caso, la reconvención o el crédito compensable—, si ninguna de las partes solicita la celebración de la vista y el tribunal no la considera necesaria, se dictará sentencia sin más trámites[88]. Por el contrario, cuando haya de celebrarse vista, se citará a las partes a tal fin dentro de los cinco días siguientes, y la vista se celebrará dentro del plazo máximo de un mes (art. 440.1 LEC). Nótese que, a diferencia del proceso europeo de escasa cuantía, la vista del juicio verbal ha de celebrarse siempre que una de las partes lo solicite —el demandado en el escrito de contestación a la demanda y el demandante en el plazo de tres días desde el traslado del escrito de contestación (art. 438.4 LEC)—, sin que el tribunal pueda denegar en ningún caso la solicitud, aun cuando considere que la vista oral no es necesaria para el correcto desarrollo del procedimiento. En cualquier momento previo a la celebración de la vista, cualquiera de las partes puede apartarse de su solicitud si considera que la discrepancia queda reducida a una cuestión meramente jurídica. En este caso se dará traslado a la otra parte por tres días y si no formula alegaciones o manifiesta oposición quedarán los autos conclusos para dictar sentencia si el tribunal así lo considera (art. 438.4 LEC).

§. En la vista se concentran todas las demás actuaciones procesales —aquellas que en el juicio ordinario se reparten entre la audiencia previa y el juicio—. Así, si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo ni se mostrasen dispuestas a concluirlo al comienzo del acto de la vista, el tribunal resolverá primero sobre las cuestiones que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo. Si estas cuestiones no se hubiesen planteado o si planteadas fuesen desestimadas, se dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción. Una vez delimitado el objeto del proceso, si no hubiese conformidad sobre todos los hechos, se propondrán las pruebas y se practicarán seguidamente las que resulten admitidas. Practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente sus conclusiones y, a continuación, se dará por terminada la vista.

§. Terminada la vista, solo queda que el tribunal dicte sentencia dentro de los diez días siguientes; sentencia que solo será susceptible de recurso de apelación cuando la cuantía del proceso supere los 3000 euros (art. 455.1 LEC).

---

88. Fue la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, la que permitió a las partes renunciar a la celebración del trámite de la vista.

3.2. ¿Es el juicio verbal un proceso eficiente para la litigación de escasa cuantía?

§. Llegados a este punto, toca ahora responder la siguiente pregunta: ¿es el juicio verbal un proceso eficiente para la litigación de escasa cuantía?

Para contestar esta pregunta, es preciso, en primer lugar, fijar el concepto de eficiencia procesal del que aquí partimos. Simplificando mucho y siguiendo en esto al profesor TARUFFO, diré que la eficiencia del proceso ha de medirse, por un lado, en términos de velocidad y costes reducidos y, por otro lado, en términos de calidad de la decisión final. Así, cuanto más rápida y barata sea la resolución del conflicto y cuanto más completa, precisa y ecuánime sea la sentencia, tanto más eficiente se entenderá el proceso[89]. No obstante, hay que reconocer que los dos términos en que se mide la eficiencia procesal se excluyen mutuamente: un proceso rápido y barato puede conllevar soluciones incompletas o incorrectas y una decisión de calidad puede requerir más tiempo y dinero. Por tanto, si se quiere conseguir una solución justa, no queda más remedio que intentar llegar a un equilibrio entre ambos términos.

En segundo lugar, una respuesta justa a la pregunta formulada requiere distinguir entre el juicio verbal por razón de la cuantía cuando esta no excede de 2000 euros y el juicio verbal por razón de la cuantía cuando se supera dicha cantidad, porque aunque en ambos casos los trámites esenciales sean los mismos, demanda y contestación por escrito y concentración del resto de actuaciones procesales en una vista oral, las especialidades procesales previstas para el juicio verbal cuando la cuantía litigiosa no excede de 2000 euros son determinantes a la hora de eludir las desventajas e inconvenientes que presenta el proceso para la litigación de escasa cuantía y, por tanto, cruciales para valorar la eficiencia del proceso. Solo para estos casos, el legislador procesal español parece haber entendido cuáles son las necesidades de los acreedores de escasa cuantía y dispone normas especiales que tienen por objeto simplificar, acelerar y reducir los costes económicos del proceso sin que ello produzca una merma importante de la calidad de la sentencia; normas especiales que, sin embargo, no resultan aplicables cuando la cuantía de la demanda se sitúa entre los 2000 y los 6000 euros.

§. En síntesis, las especialidades procesales del juicio verbal de cuantía no superior a 2000 euros son las siguientes:

---

89. Como señala TARUFFO, M., «un sistema judicial es eficiente cuando su funcionamiento resulta razonablemente rápido y económico, pero también cuando se orienta estructuralmente para llegar a decisiones informadas, precisas y responsables que se basen en todos los fundamentos jurídicos pertinentes», «Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil» (versión abreviada), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente.* vol. I, F. CARPI y M. ORTELLS, EDS., Universitat de València, 2008, pp. 205-219. 207.

i) No será preceptiva la actuación en el proceso ni de procurador ni de abogado, lo que supone una clara reducción de los costes (arts. 23.2.1º y 31.2.1º LEC).
ii) La presentación de la demanda de juicio verbal en reclamación de cantidad que no exceda de 2000 euros está exenta del pago de tasa judicial, salvo que la pretensión ejercitada se funde en un documento que tenga el carácter de título ejecutivo extrajudicial de conformidad con lo dispuesto en el art. 517 LEC (art. 4.1 *c)* Ley 10/2012, de 20 de noviembre)[90].
iii) Los escritos de demanda y contestación podrán presentarse cumplimentando unos modelos normalizados a disposición de los justiciables en el órgano judicial correspondiente (art. 437.2 LEC) o incluso presentarse telemáticamente a través de la Sede Judicial Electrónica. Con ello se consigue simplificar al máximo la presentación de los escritos de alegaciones para las partes que actúen sin abogados.
iv) La sentencia que ponga fin al proceso no será susceptible de recurso alguno (art. 455.1 LEC). En estos casos, el juicio verbal es un procedimiento de una sola y única instancia.

§. Sentado lo anterior, cabe concluir que el juicio verbal es, en términos generales, un proceso adecuado y eficiente para la tramitación de las demandas de cuantía no superior a 2000 euros. Y lo es tanto en términos de velocidad y costes reducidos como en términos de calidad de la sentencia. Las especialidades procesales anteriores hacen que el juicio verbal sea un proceso sencillo para quienes acuden sin abogados, relativamente rápido si se respetan los plazos establecidos en la LEC y poco costoso, sin renunciar al objetivo de obtener una sentencia de calidad. A ello contribuye el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Civil obligue al Juez a celebrar una vista oral siempre que una de las partes así lo solicite (art. 438.4 LEC). La oralidad, la concentración de las actuaciones orales en el acto de la vista y la inmediación judicial, características propias del juicio verbal, contribuyen a una respuesta judicial de mayor calidad y, por tanto, más justa, en la medida en que se ve muy reforzado el valor de las pruebas personales (declaraciones de partes, testigos y, en ocasiones, peritos) y, en general, de las pruebas cuya práctica requiera contradicción. Por el contrario, si se renuncia a la celebración de vista y a la práctica oral de las pruebas personales y se ordena su práctica por escrito se corre el riesgo de una deficiente formación de la convicción judicial acerca de los hechos relevantes, que a su vez puede traducirse en una sentencia de peor calidad.

No obstante lo anterior, no debo dejar pasar la oportunidad de apuntar la necesidad de introducir algunas modificaciones en el juicio verbal cuando las partes acu-

90. Esta exención objetiva del pago de la tasa alcanza a las personas jurídicas a las que no se les haya reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. En España, las personas físicas y las personas jurídicas a las que se les haya reconocido tal derecho están exentas del pago de las tasas judiciales en todo caso, esto es, cualquiera que sea la cuantía del proceso (art. 4.2. Ley de Tasas en el ámbito de la Administración de Justicia).

dan autorrepresentadas. Un verdadero acceso a la justicia en estos casos exige flexibilizar algunas normas y principios procesales, como es el caso, por ejemplo, de la regla de preclusión de la alegación de hechos y aportación de documentos, cuya rigidez en estos casos no está justificada, o el plazo de diez días previsto para que el demandado conteste a la demanda, claramente insuficiente si no se cuenta con la asistencia de un profesional. Asimismo, convendría también en estos casos atribuir al juez un papel más activo en el proceso, de modo que pueda ayudar y guiar a las partes durante todo el procedimiento, especialmente en cuestiones procesales, observando siempre el principio de imparcialidad.

§. No puede decirse lo mismo, sin embargo, cuando la cuantía del litigio se sitúa entre los 2000 y 6000 euros. En estos casos, el legislador también ofrece al justiciable el cauce procedimental del juicio verbal pero desprovisto de todas las especialidades procedimentales que salvan los obstáculos e inconvenientes que presenta el proceso para la litigación de escasa cuantía. Como es sabido, en los juicios verbales de cuantía superior a 2000 euros: i) será preceptiva en todo caso la intervención de abogado y procurador, lo que supone un claro incremento de los costes del proceso; costes que el demandante en principio solo podrá recuperar mediante la condena en costas del demandado si se estima totalmente su pretensión; ii) las pequeñas y medianas empresas a las que no se les haya reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita tendrán que abonar, además, una tasa judicial de 150 euros prevista para la interposición de la demanda de juicio verbal; iii) el demandante no podrá formular demanda sucinta ni limitarse a cumplimentar el modelo normalizado de demanda sucinta de juicio verbal, sino que habrá de presentar en todo caso una demanda con el contenido y forma propios del juicio ordinario; y iv) si la cuantía del litigio supera los 3000 euros, frente a la sentencia de primera instancia podrá interponerse recurso de apelación.

Así las cosas, corresponde al demandante decidir en cada caso si el valor de lo reclamado le va a compensar o no el coste del proceso. A los honorarios de abogado y los derechos de procurador habrá de sumar eventuales gastos relacionados con la práctica de la prueba como honorarios de peritos e indemnizaciones a testigos, o gastos de desplazamiento en caso de que haya de celebrarse vista oral fuera del lugar en que tenga su domicilio. Evidentemente, cuanta más pequeña sea la cantidad reclamada o la cuantía litigiosa más probable será que el proceso no le resulte rentable económicamente y que abandone cualquier esperanza de obtener lo que considera su legítimo derecho. Desde luego, en la decisión de acudir o no a los tribunales, el demandante habrá de tener en cuenta las posibilidades de éxito de la demanda, pues en caso de que se estime totalmente su pretensión, al menos podrá recuperar el importe de las costas del proceso.

En los juicios verbales de cuantía superior a 2000 euros, por tanto, la única medida de agilización y reducción de los costes del proceso que establece la Ley de Enjui-

ciamiento Civil es la posibilidad de que no se celebre vista oral, pero para ello será necesario que ambas partes renuncien a su celebración y que el tribunal no la considere procedente, por ejemplo, porque la discrepancia afecte a cuestiones meramente jurídicas (art. 438.4 LEC).

3.3. ¿Debe adaptarse el juicio verbal al proceso europeo de escasa cuantía para ser más eficiente?

§. Como hemos visto, el elemento clave en que se cifra la mejor adecuación del proceso para dar solución a los litigios de escasa cuantía difiere radicalmente entre el modelo europeo y el modelo español. Mientras que el proceso europeo apuesta claramente por la escritura, el proceso español lo hace por la oralidad. La pregunta es inevitable: ¿es más eficiente el modelo europeo o el modelo español? Dicho de otra manera, ¿qué forma procesal resulta más eficiente para la litigación de escasa cuantía, la escritura o la oralidad?

Adelantando la respuesta diré que, en mi opinión, ambos legisladores, el europeo y español, aciertan con su elección, aunque sean opuestas. Me explico. La eficiencia de los mecanismos procesales escritos u orales depende del tipo de litigios que tengan por objeto, y aunque es cierto que los procesos que ahora nos ocupan comparten el mismo tipo o clase de litigios, los de escasa cuantía, también lo es que lo hacen en un contexto muy diferente. Mientras que el proceso europeo está pensado para asuntos transfronterizos, el proceso español lo está para asuntos de carácter meramente interno, sin perjuicio de que el demandante pueda optar por el juicio verbal aun cuando el asunto tenga carácter transfronterizo.

Y es este desigual contexto el que, a mi juicio, lleva a los legisladores europeo y español a elegir modelos formalmente distintos para mejorar la eficiencia del proceso. Como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, el elemento transfronterizo comporta ineludiblemente un plus de dificultad para la tutela y realización de los derechos; plus de dificultad que se incrementa notablemente cuando se trata de asuntos de escasa cuantía. El peso de los inconvenientes (obstáculos, costes, retrasos…) es inversamente proporcional a la cuantía del litigio. Y es, por tanto, en este contexto transfronterizo en el que debe valorarse la opción europea por la escritura.

§. Como ya he sostenido, la huida de la oralidad y la opción decidida por la escritura en el proceso europeo de escasa cuantía me parece acertada. Comparto plenamente con el legislador europeo la idea de que la oralidad, en un contexto transfronterizo, es un claro obstáculo para que los litigios de escasa cuantía se resuelvan a través de procesos simples, rápidos y poco costosos. Por el contrario, la escritura, acompañada de unos sencillos formularios normalizados de demanda y contestación que los litigantes puedan cumplimentar fácilmente por sí mismos, sin

necesidad de abogados, es un factor clave para evitar los costes añadidos que comporta la celebración de una vista oral en un ámbito transfronterizo y así conseguir el objeto del proceso europeo, que no es otro que el de simplificar, acelerar y reducir los costes de los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos. Malgastar el tiempo y el dinero que se requieren para alcanzar la solución del conflicto va en detrimento de la eficiencia de todo proceso judicial, pero mucho más cuando la cantidad reclamada o la cuantía litigiosa es pequeña.

§. Sin embargo, si eliminamos de la ecuación el elemento transfronterizo y nos quedamos solo con la escasa cuantía, las cosas cambian. A mi juicio, en un contexto meramente interno, la oralidad y, de su mano, la concentración de actuaciones y la inmediación judicial mejoran la eficiencia del proceso en términos de calidad de la sentencia sin malgastar en exceso el tiempo y el dinero que se invierten para alcanzarla. Por ello, comparto con el legislador español su apuesta por la oralidad para la litigación de escasa cuantía. Soy de la opinión de que la vista oral del juicio verbal cumple un papel fundamental y resulta un factor de eficiencia indispensable y sustancial al que el legislador nacional no debe renunciar, salvo que las partes del proceso estén de acuerdo en que no se celebre y el tribunal tampoco considere procedente su celebración. Si todas las actividades que se realizan de manera concentrada en la vista oral se llevasen a cabo mediante escritos, se requeriría un gran volumen de tiempo. Un debate oral es más rápido, menos caro y mucho más simple que una sucesión preordenada de actos procesales escritos y, por tanto, debe considerarse más eficiente. De hecho, la eficiencia de la oralidad está más que comprobada en la práctica, puesto que existen datos estadísticos que muestran una reducción drástica de la duración de los procesos civiles en España desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

§. Ahora bien, que el juicio verbal no deba europeizarse en este aspecto concreto y deba seguir apostándose por la oralidad para conseguir que la justicia civil efectiva —con plenitud de garantías procesales— se imparta de forma sencilla y rápida cuando se trata de litigios de escasa cuantía, no significa que no deban introducirse algunas modificaciones en el juicio verbal con el fin de aproximarlo al modelo europeo. Así, para empezar, sería conveniente elevar de 2000 a 5000 euros la cuantía litigiosa para la que no resulte preceptiva la intervención de abogado y procurador, igualándola así a la cuantía del proceso europeo[91]. No parece razonable que pueda reclamarse ante los tribunales españoles mediante un proceso europeo de escasa cuantía un crédito transfronterizo de hasta 5000 euros sin necesidad

91. Del mismo modo que ya hizo la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, elevando de 900 a 2000 euros la cuantía para la que no es preceptiva la intervención de abogado ni procurador en el juicio verbal, en consonancia con la cuantía prevista en ese momento para el proceso europeo de escasa cuantía.

de abogado ni procurador y que la reclamación de ese mismo crédito transfronterizo a través del juicio verbal —no olvidemos que el proceso europeo es opcional— exija la intervención de ambos profesionales cuando la cuantía supera los 2000 euros. Nótese, además, que esta modificación no solo supondría una reducción de los costes del proceso para un mayor número de acreedores, especialmente pequeñas y medianas empresas, sino que también estos podrían aprovecharse de las demás especialidades procesales que la Ley de Enjuiciamiento Civil asocia a los procesos en los que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador como, por ejemplo, la posibilidad de formular sus alegaciones de forma fácil y sencilla a través de los formularios normalizados de demanda y contestación.

Soy consciente de que esta propuesta de cambio exige elevar la cuantía máxima del juicio verbal y propongo que se haga, pasando de los actuales 6000 euros a 10.000 o 15.000 euros, permitiendo así que se tramiten por los cauces del juicio verbal, algo más sencillo, rápido y menos costoso que el juicio ordinario, un mayor número de controversias por razón de la cuantía. No veo ningún obstáculo en ello, siempre y cuando, como después diré, se mantenga la obligación del juez de celebrar vista oral si al menos una de las partes así lo solicita.

4. La reforma del juicio verbal prevista en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia

§. En estos momentos se encuentra en tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia[92] (en adelante, PLMEP), presentado por el Gobierno el pasado mes de abril y, actualmente, en trámite de enmiendas, por el que se reforman los procesos de los cuatro órdenes jurisdiccionales, con el fin de «reforzar la Administración de Justicia como servicio público», afianzando la legitimidad social del servicio público de Justicia, esto es, el grado de confianza y credibilidad que el sistema de Justicia debe tener para la ciudadanía, así como su eficiencia, esto es, la capacidad del sistema para producir respuestas eficaces y efectivas[93].

§. En el orden jurisdiccional civil, el PLMEP apuesta por el intento de solucionar el conflicto de forma extrajudicial antes de dar comienzo al proceso jurisdiccional y para conseguirlo exige, con carácter general, como requisito de admisión de la demanda, acudir previamente a un medio adecuado de solución de controversias

92. BOCG, Sección Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 97-1, de 22 de abril de 2022 (Núm. Expdte. 121/000097).

93. Cfr. Exposición de Motivos del PLMEP (aptdo. I).

en vía no jurisdiccional de los previstos en el art. 1 (art. 4.1), sin que se excluya esta exigencia cuando se pretenda iniciar un proceso de escasa cuantía (art. 4.2). Es más, según establece el art. 2 PLMEP, la actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad es aplicable a los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, tal y como los define el art. 3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por lo que este requisito de procedibilidad afectará tanto al juicio verbal, nuestro proceso nacional de escasa cuantía, como al proceso europeo de escasa cuantía.

Sin entrar ahora en detalles sobre esta importante novedad del PLMEP, me limitaré solo a decir que esta novedad de la reforma me parece muy desacertada[94]. Estoy a favor de la potenciación de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos jurídicos, siempre lo he estado, pero no comparto en absoluto su imposición. Creo que, desde la perspectiva del ciudadano, esta nueva exigencia implicará un retraso en el inicio del proceso y, lo que es peor, un aumento de su coste, agravando aún más los obstáculos e inconvenientes que presenta el proceso para la litigación de escasa cuantía.

4.1. Las modificaciones proyectadas para el juicio verbal

§. Centrándonos en el juicio verbal por razón de la cuantía[95], el PLMEP introduce modificaciones importantes; con alguna de ellas, como enseguida se verá, el prelegislador europeíza nuestro juicio verbal aproximándolo al proceso europeo de escasa cuantía. La primera modificación consiste en elevar su actual umbral cuantitativo de 6000 euros hasta los 15000. De este modo, utilizando palabras del prelegislador, «se permitirá la tramitación de un mayor número de asuntos por un procedimiento más rápido y sencillo, agilizando su resolución»[96]. Como acabo de decir, esta ampliación del ámbito cuantitativo del juicio verbal por sí sola no merece crítica alguna y, efectivamente, puede servir para simplificar y agilizar la tramitación de un mayor número de procesos al concentrarse la mayoría de las actua-

---

94. Comparto plenamente y hago mía la crítica que realiza BANACLOCHE PALAO, J. a la nueva exigencia del PLMEP de acudir a un MASC para poder interponer cualquier demanda judicial de derechos disponibles (*vid.* «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario la Ley,* n.º 9814, de 19 de marzo de 2021, pp. 3-6).

95. Por razón de la materia, el PLMEP amplía las materias que, con independencia de su cuantía, se decidirán siempre en el juicio verbal. Así, según la reforma proyectada, se tramitarán por los cauces del juicio verbal las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia (art. 250.1.14º LEC), quedando reservadas al juicio ordinario solo las acciones colectivas (art. 249.1.5º LEC); las demandas en que se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a éstos la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, siempre que versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, sea cual fuere dicha cantidad (art. 250.1. 15º LEC); y las demandas en las que se ejercite la acción de división de la cosa común (art. 250.1. 16º LEC).

96. Cfr. Exposición de Motivos del PLMEP (aptdo. V).

ciones procesales en un solo acto oral —la vista— en vez de en dos como sucede en el juicio ordinario —audiencia previa y juicio—. El problema está, como enseguida se verá, en que esta medida no puede desligarse de otra que también introduce la presente reforma y que permitirá al Juez prescindir por completo de la celebración de vista oral, incluso contra la voluntad de las partes. A mi juicio, como luego argumentaré, el aumento de la cuantía del juicio verbal a 15000 euros sumado a la posibilidad de que todo el procedimiento se sustancie por escrito y sin contacto alguno con el tribunal por voluntad de este último restan legitimidad social y eficiencia al servicio público de Justicia que, no olvidemos, son los fines que persigue el PLMEP.

§. En relación con la cuantía del juicio verbal sorprende que, elevando la cuantía actual más del doble, hasta los 15000 euros, el prelegislador, sin embargo, no haya proyectado elevar también de 2000 a 5000 euros la cuantía para la que no será preceptiva la actuación de abogado y procurador, desaprovechando así la oportunidad de adaptar nuestro juicio verbal al modelo europeo de escasa cuantía en este aspecto concreto. Del mismo modo que el legislador español de 2011 elevó la cuantía de los procesos en los que no es preceptiva la intervención ni de abogado ni de procurador de 900 a 2000 euros, en consonancia con el umbral cuantitativo del proceso europeo de escasa cuantía en ese momento, toca ahora hacer lo mismo para igualar dicha cuantía al actual umbral europeo. Nótese, además, que con esta medida no se trata solo de extender a un mayor número de procesos la posibilidad de que las partes comparezcan por sí mismas, sino también que puedan aprovecharse del resto de especialidades procesales que la Ley de Enjuiciamiento Civil anuda a los procesos en que resulta posible actuar sin abogado y procurador, especialmente, el que puedan presentar sus escritos de demanda y contestación a través de impresos normalizados.

§. En cuanto al procedimiento del juicio verbal, el PLMEP introduce modificaciones importantes tras la contestación a la demanda. Así, según la reforma proyectada, contestada la demanda y, en su caso, la reconvención o el crédito compensable, se dará traslado del escrito de contestación al actor y se concederá a ambas partes el plazo común de cinco días para que propongan las pruebas que quieran practicar, debiendo indicar las personas que han de ser citadas a la vista para que declaren en calidad de partes, testigos o peritos. Dentro del mismo plazo de cinco días, la parte demandante podrá realizar las alegaciones que estime oportunas sobre las excepciones procesales planteadas por el demandado en su escrito de contestación (art. 438.8 LEC). En los tres días siguientes al traslado del escrito de proposición de prueba, las partes podrán, en su caso, denunciar la inexactitud de copias (art. 280 LEC), alegar la impertinencia, inutilidad o ilicitud de alguna de las pruebas propuestas por la contraparte (arts. 283 y 287 LEC), así como pronunciarse sobre los documentos y dictámenes aportados de contrario (art. 427 LEC), conforme a lo dispuesto en el art. 438.9 LEC. Transcurrido dicho plazo, el tribunal dictará un auto resolviendo sobre la

impugnación de la cuantía, si esta se hubiese producido, sobre las excepciones procesales planteadas, sobre la admisión de la prueba propuesta y sobre la pertinencia de la celebración de la vista, quedando los autos conclusos para sentencia si el tribunal considera la vista innecesaria. Contra este auto podrá interponerse recurso de reposición, que tendrá efecto suspensivo. Cuando la única prueba admitida sea la documental y los documentos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales y el tribunal no haya considerado pertinente o útil la presencia de los peritos en el juicio, se procederá a dictar sentencia, sin previa celebración de la vista (art, 438.10 LEC).

Cuando haya de celebrarse vista, las partes podrán comparecer presencialmente o por videoconferencia en los casos que así se haya acordado (art. 443.1 LEC). En la vista, si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, el tribunal dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción (art. 443.3 LE). Si hubiese hechos controvertidos, se practicarán seguidamente las pruebas que fueron admitidas en su momento (art. 443.4 LEC). Una vez practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones y, a continuación, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes, salvo que el tribunal dicte sentencia oral según lo establecido en el art. 210.3 LEC (art. 447.1 LEC).

§. Precisamente, una de las novedades importantes que introduce el PLMEP en el ámbito del juicio verbal es la posibilidad de que el juez dicte sentencia oral, salvo en los casos en que no intervenga abogado de conformidad con lo dispuesto en el art. 31.2 LEC. En palabras del prelegislador, «se trata de una medida que busca agilizar y facilitar la resolución de pleitos, regulándose como una herramienta que pueda ser usada por el juez o la jueza en atención a las concretas circunstancias del proceso»[97]. La sentencia oral se dictará al concluir el mismo acto de la vista en presencia de las partes, sin perjuicio de su posterior redacción por el juez. En la sentencia oral, el juez deberá expresar las pretensiones de las partes, las pruebas practicadas y, en su caso, los hechos que han resultado probados, las razones y fundamentos legales del fallo, que habrá de ajustarse a las previsiones de la regla 4ª del art. 209 LEC, y las normas jurídicas aplicables al caso. Asimismo, el juez expresará oralmente si cabe algún recurso contra la sentencia, indicando, en su caso, el recurso que procede, el órgano ante el que debe interponerse y el plazo para ello (art. 210.3 LEC). Pronunciada oralmente la sentencia, si todas las partes del proceso estuviesen presentes en el acto de la vista, personalmente o con la debida representación, y expresaran su decisión de no recurrir, el tribunal declarará, en el mismo acto, la firmeza de la sentencia. En otro caso, el plazo para recurrir comenzará a correr desde que se notifique a la parte la

97. Cfr. Exposición de Motivos del PLMEP (aptdo. V).

sentencia oral mediante el traslado del soporte audiovisual que la haya registrado junto con el testimonio del texto redactado (art. 210.4 LEC).

Nótese que la facultad de dictar sentencias *in voce* se excluye en «los procedimientos en los que no intervenga abogado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.2», y no en aquellos en los que no sea preceptiva la intervención de abogado conforme a dicho precepto. Esto significa que el juez sí podrá dictar sentencia oral en los juicios verbales cuya determinación se haya efectuado por razón de la cuantía y esta no exceda de 2000 euros en los que las partes hayan intervenido con abogado sin ser preceptiva su intervención. La prohibición de dictar sentencias orales en los juicios verbales en los que las partes hayan intervenido sin abogado hay que conectarla con la previsión establecida en el nuevo aptdo. 4 del art. 210 LEC relativa a la decisión de no recurrir la sentencia. De lo que se trata con esta prohibición es de asegurar la correcta formación de la voluntad de las partes a tal efecto, con la debida asistencia profesional, garantizándose así el derecho de defensa de los litigantes. Se olvida, sin embargo, que las sentencias dictadas en juicios verbales en los que las partes hayan actuado sin abogado por no ser preceptiva su intervención —procedimientos de cuantía no superior a 2000 euros— no son susceptibles de recurso alguno puesto que el art. 455.1 LEC exceptúa del recurso de apelación «las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros».

§. Así las cosas, si la reforma proyectada sale adelante, cabe la posibilidad de que en muchos juicios verbales la oralidad sea meramente una cuestión nominal o, todo lo más, que el único acto oral del proceso sea el dictado de la sentencia. Quizás no estaría de más pensar en una nueva denominación para esta clase de procesos declarativos para que nadie se lleve a engaño.

4.2. La europeización del juicio verbal

§. Sentado todo lo anterior, cabe afirmar que el PLMEP europeíza el juicio verbal, incorporando en él algunos de los elementos esenciales del proceso europeo de escasa cuantía. En efecto, la reforma proyectada, siguiendo la tendencia a la resolución íntegramente escrita de las *small claims* en el Derecho comparado, pretende convertir el juicio verbal en un proceso predominantemente escrito, en el que el juez pueda denegar la solicitud de celebración de vista oral realizada por cualquiera de las partes o incluso por ambas si considera innecesaria su celebración (art. 438.10 LEC), en consonancia con lo previsto en los arts. 5.1 y 5.1 *bis* RPEEC para el proceso europeo de escasa cuantía. Y en aquellos casos en que haya de celebrarse vista oral, se prevé que esta pueda celebrarse por videoconferencia si así lo acuerda el juez de oficio o a instancia de alguna de las partes (arts. 443.1 y 129.4 LEC), de forma parecida a lo previsto en el art. 8 RPEEC en relación con el proceso europeo. Por lo demás, el PLMEP potencia también la realización de los actos de comunica-

ción por medios electrónicos que, como sabemos, es otro de los elementos definitorios del proceso europeo de escasa cuantía.

§. La opción por la escritura en el nuevo juicio verbal resulta incuestionable. Mientras que en la regulación actual las alegaciones del demandante sobre las excepciones procesales planteadas por el demandado en su escrito de contestación así como su resolución por el juez, la proposición y admisión de la prueba, y las impugnaciones de la prueba de la contraparte se realizan oralmente en el acto de la vista, en el futuro juicio verbal se prevé que todas estas actuaciones se realicen por escrito y se resuelvan por medio de auto con anterioridad a la celebración de la vista (art. 438.10 LEC)[98], quedando la vista oral reservada, básicamente, para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción, practicar las pruebas que resultaron en su momento admitidas y, en su caso, formular conclusiones.

Pero es que, además, a diferencia de la regulación actual que obliga al juez a celebrar la vista oral cuando cualquiera de las partes lo solicite (art. 438.4 LEC), el PLMEP permite expresamente que el juez, a la vista de las peticiones en materia de prueba de las partes, deniegue la solicitud de celebración de vista oral si considera que no es necesaria[99]. Y, en todo caso, cuando la única prueba admitida sea la de documentos y estos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales y el tribunal no haya considerado pertinente o útil la presencia de los peritos en el juicio, se procederá a dictar sentencia sin previa celebración de la vista (nuevo art. 438.10 LEC). Con esta disposición, el prelegislador español no hace más que incorporar a nuestro juicio verbal lo ya previsto por el legislador europeo para el proceso europeo de escasa cuantía (art. 5.1 *bis* RPEEC). La única diferencia está en que mientras que en el proceso

---

98. Como acertadamente señala MARTÍNEZ SANTOS, A., con esta reforma «se introduce en el juicio verbal una especie de «audiencia previa por escrito», compuesta de un trámite escrito para la proposición y admisión de prueba tras la contestación del demandado, seguido de un brevísimo plazo de tres días para realizar, también por escrito, las alegaciones previstas en los artículos 280 (inexactitud de copias), 283 (impertinencia o inutilidad de las pruebas propuestas por la otra parte), 287 (posible ilicitud en su obtención) y 427 (posición sobre documentos y dictámenes presentados de contrario) de la LEC…» (*vid.* «Algunas notas sobre la potestad de suprimir de oficio la vista del juicio verbal en el proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal», comunicación presentada y defendida públicamente en el III Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, celebrado los días 2 y 3 de junio de 2022 en la Facultad de Derecho de la UCM. Esta comunicación será publicada próximamente en el Libro que recoja los trabajos presentados por los ponentes y comunicantes al III Congreso de la APDPUE).

99. En realidad, el PLMEP no contempla expresamente el deber de las partes de pronunciarse necesariamente sobre la pertinencia de la celebración de la vista, tal y como prevé ahora el art. 438.4 LEC, sino que solo se refiere al deber del juez de resolver por medio de auto sobre la pertinencia de su celebración (nuevo art. 438.10 LEC). No obstante, parece razonable pensar que esta omisión se debe a un lapsus del prelegislador en la caótica nueva redacción que se da al art. 438 LEC y no a una decisión deliberada de no permitir dicha posibilidad. Lo razonable sería incorporar expresamente esta solicitud en los respectivos escritos de proposición de prueba.

europeo no se permite impugnar la denegación de la solicitud de vista por separado de cualquier impugnación contra la sentencia, en el caso español se prevé que contra el auto en el que el juez se pronuncie sobre la pertinencia de la celebración de vista cabrá interponer recurso de reposición, que tendrá efecto suspensivo, lo que, al menos, permitirá al juez replantearse su decisión sobre esta cuestión. El prelegislador justifica esta novedad en el hecho de que la regulación actual «ha determinado la celebración de multitud de vistas innecesarias para la resolución del pleito, siendo suficiente para ello la prueba documental presentada con el escrito de demanda y contestación. De esta forma, es el juez quien, en base a la valoración que realice de las actuaciones, determine si es necesaria o no la celebración de dicho acto para dictar sentencia, evitándose así un retraso injustificado en la resolución de los pleitos»[100].

En relación con esta nueva facultad del juez en el juicio verbal, doy por reproducidas aquí las dudas de compatibilidad con el derecho fundamental a ser oído pública y equitativamente que provoca una disposición procesal de este tipo, ya expuestas al hilo del proceso europeo de escasa cuantía[101] y reitero mi opinión sobre el papel fundamental que cumple la vista oral en el juicio verbal[102]. Adviértase que la vista oral, también en la reforma proyectada, no sirve solamente para practicar las pruebas personales, sino que también es el momento previsto para realizar aclaraciones, para pronunciarse sobre las excepciones materiales opuestas de contrario o por otros codemandados y, en fin, para fijar los hechos sobre los que exista contradicción. A mi juicio, la celebración de vista oral resulta un factor de eficiencia indispensable y sustancial al que el legislador nacional no debe renunciar, salvo que las partes del proceso estén de acuerdo en que no se celebre y el tribunal tampoco considere procedente su celebración. Cabe sugerir al prelegislador, por tanto, que reconsidere esta nueva facultad del juez en relación con la celebración de la vista y mantenga los postulados del principio dispositivo, so pena de vulnerar el principio de publicidad de las actuaciones de rango constitucional (arts. 120.1 y 24.2 CE), así como de propiciar situaciones de indefensión estructural incompatibles con el derecho consagrado en el art. 24.1 CE[103].

---

100. Cfr. Exposición de Motivos del PLMEP (aptdo. V).

101. Vid. *supra*, aptdo. 2.2.1.

102. Vid. *supra*, aptdos. 3.2 y 3.3.

103. Una acertada crítica al modelo de juicio verbal tramitado íntegramente por escrito que propone el PLMEP puede verse en Banacloche Palao, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario la Ley,* n.º 9814, de 19 de marzo de 2021, pp. 9-14. En el mismo sentido se pronuncia Martínez Santos, A., *op. cit*.: «en circunstancias socioeconómicas como las de la sociedad española, no parece que una reclamación de quince mil euros se pueda calificar sin problemas como *small claim,* susceptible de resolverse íntegramente por escrito a discreción del juez. A mi juicio debería reconsiderarse este criterio».

§. Lo que no contempla en absoluto el PLMEP, a pesar de pretender convertir el juicio verbal en un procedimiento tramitado íntegramente por escrito, es la posibilidad de que el procedimiento se tramite enteramente online; opción que algunos autores consideran como la única solución realista para las demandas de menor cuantía, y que algunos países como China o Canadá ya han puesto en práctica, con la ayuda de la Inteligencia Artificial y la supervisión de un Juez[104].

§. Otro de los aspectos en los que el PLMEP europeíza el juicio verbal es la potenciación del uso de la videoconferencia para la celebración de la vista oral (art. 443.1 LEC), cuando esta haya de celebrarse, así como para la práctica de la prueba personal, en consonancia con lo previsto en los arts. 8 y 9 RPEEC para el proceso europeo de escasa cuantía[105]. En este sentido, el PLMEP no solo da nueva redacción al aptdo. 2 del art. 129 LEC para hacer de la videoconferencia el medio principal para realizar las actuaciones que deban hacerse fuera del partido judicial, por delante del auxilio judicial[106], sino que, además, añade un nuevo aptdo. 4 a este mismo artículo en el que se establece que «las actuaciones judiciales también se podrán realizar a través de videoconferencia, en los términos establecidos en el artículo 229 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial». Asimismo, se introduce también un nuevo art. 137 bis LEC sobre la forma de realización de las actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia.

El PLMEP no vincula la utilización de la videoconferencia a una situación excepcional y coyuntural como la provocada por la pandemia y la crisis sanitaria, ni limita

---

104. Sobre el eterno problema de las reclamaciones de menor cuantía y los diferentes intentos de solución a lo largo de la historia, recomiendo vivamente el reciente trabajo de NIEVA FENOLL, J., «Resolución de litigios en línea para demandas de menor cuantía: ¿es la única solución realista?, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, 2022. Según NIEVA, la herramienta de la Inteligencia Artificial puede representar la solución definitiva para las reclamaciones de escasa cuantía, aunque también es consciente de que en esa nueva realidad surgirán otros problemas para demostrar más allá de toda duda razonable la independencia/imparcialidad de la herramienta y su compatibilidad con el derecho de defensa.

105. La potenciación de la videoconferencia es uno de los aspectos más relevantes de la reforma y afecta a los procesos declarativos en general y no solo al juicio verbal. Así, en el ámbito del juicio ordinario, el nuevo aptdo. 2 del art. 414 LEC prevé la comparecencia de las partes a la audiencia previa por videoconferencia «cuando el tribunal lo acordase de oficio o a instancia de alguna de las partes» y exactamente lo mismo prevé el nuevo aptdo. 1 del art. 432 LEC en relación con el acto del juicio. En el ámbito del juicio verbal, el nuevo art. 443.1 LEC también contempla expresamente la comparecencia de las partes a la vista por videoconferencia «en los casos que así se haya acordado».

106. Paralelamente, y en correspondencia a esta previsión, se modifican los aptdos. 2, 4 y 5 del art. 169 LEC, con el fin de situar la videoconferencia por delante del auxilio judicial como medio para realizar las actuaciones que hayan de efectuarse fuera de la circunscripción del tribunal que conozca del asunto, incluidos los actos de reconocimiento judicial, siendo también el modo ordinario de practicar el interrogatorio de las partes, la declaración de los testigos y la ratificación de los peritos cuando el domicilio de estos se encuentre fuera de la circunscripción correspondiente. Esta previsión del PLMEP, tal y como dijo el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto, «es de todo punto acertada, pues el uso de las tecnologías permitirá la práctica de estos medios de prueba evitando desplazamientos y mayores costes procesales, al tiempo que se preserva adecuadamente el principio de concentración y, de un modo razonable y ponderado con el principio de eficacia, el de inmediación».

su uso a aquellos casos en que esté justificado por encontrarse el interviniente fuera de la circunscripción del tribunal, sino que permite su uso con carácter general y fuera de las coordenadas de la situación de crisis sanitaria; basta con que el tribunal así lo acuerde, de oficio o a instancia de parte (arts. 414.2, 432.1 y 443.1 LEC). Lamentablemente, la amplitud con que el prelegislador concibe la utilización de la videoconferencia puede acabar convirtiendo en regla general aquello que en rigor debería constituir una excepción, justificada por circunstancias concurrentes oportunamente valoradas por el juez, con perjuicio de los principios de inmediación y publicidad que rigen el proceso civil[107].

5. Bibliografía

ARTOLA FERNÁNDEZ, M.A., «El procedimiento europeo de escasa cuantía. Aspectos generales y procesales del Reglamento 861/2007», *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea. Experiencia española y adopción de decisiones informadas,* Dir.ª OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 111-133.

BANACLOCHE PALAO, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario la Ley,* n.º 9814, de 19 de marzo de 2021.

BERNARDO SAN JOSÉ, A., «El juicio verbal: análisis crítico y propuestas de mejora. Especial referencia a la reforma del juicio de desahucio por falta de pago efectuada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre» *Los procesos declarativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los diez años de su vigencia. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma,* coord. BANACLOCHE PALAO, J., La Ley, Madrid, 2012, pp. 319-372.

BLASCO ARÉVALO, J.L., «La prueba en el proceso europeo de escasa cuantía y su incidencia en el ordenamiento jurídico español», *Revista Jurídica Derecho,* vol. 8, n.º 10, Enero-Junio, 2019, pp. 107-131.

CONDE FUENTES, J., «Pasado y presente del proceso monitorio europeo: el control de cláusulas abusivas», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXX, Número 277, Mayo-Agosto 2020.

DIETER, L., «Elementos orales y escritos en la fase introductoria del proceso civil» (versión abreviada), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, vol. I, Eds. CARPI, F. y ORTELLS, M., Universitat de Valencia, 2008, pp. 79-92.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Los formularios y el principio de legalidad», *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Dirs. HERRERO PEREZAGUA, J.F., y LÓPEZ, SÁNCHEZ, J., Atelier, Barcelona, 2020, pp. 87-102.

107. En contra del modelo que propone el PLMEP donde la videoconferencia parece ser la regla y la presencialidad la excepción, vid., BANACLOCHE PALAO, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», cit., pp. 6 y 7.

GASCÓN INCHAUSTI, F., Un nuevo instrumento para la tutela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía», *Ius et Praxis,* año 14, n.º 1, 2008, pp. 167-197). https://eprints.ucm.es/id/eprint/26608/

GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunas reflexiones acerca de la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado,* vol. VI, 2006, pp. 285-308. https://eprints.ucm.es/id/eprint/23857/1/2006_Algunas_reflexiones_acerca_de_la_oralidad_y_la_prueba_en_el_proceso_europeo_de_escasa_cuant%C3%ADa.pdf

GASCÓN INCHAUSTI, F., «El diablo está en los detalles: la importancia de las normas procedimentales para el legislador procesal europeo», *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Dirs. HERRERO PEREZAGUA, J.F., y LÓPEZ, SÁNCHEZ, J., Atelier, Barcelona, 2020, pp. 285-317.

GONZÁLEZ-CHOREN RESPALDIZA, V., «El proceso europeo de escasa cuantía», en *Los procesos para el cobro de deudas: monitorio, cambiario, monitorio europeo y europeo de escasa cuantía*, con GISBERT POMATA, DÍEZ RIAZA y CARRETERO GONZÁLEZ, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 467- 555.

HAU, W., «Las pequeñas causas en el proceso civil: tribunales, vías procesales (tracks) y procedimientos de escasa cuantía», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, vol. 1, 2019.

KRAMER, X. y ONTANU, E.A., «The European Small Claim Procedure (ESCP)», *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impacto n the free circulation of judgments and on the equivalence and effectivennes of the procedural protection of consumers under EU consumer law. Report prepared by a Consortium of European universities led by the MPI Luxembourg for Procedural Law as commissioned by the European Commission*, JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082, Scientific Coordinador: Professor Burkhard Hess (Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law), pp. 342-354.

MAFFEO, A. y ROLANDO, F., «The EU action in the field os small claims procedures and the limits resulting from its implementation in the national legal systems», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, 2022.

MARQUES CEBOLA, C y VARREGOSO MESQUITA, «Una plataforma online para el proceso europeo de escasa cuantía: análisis y propuesta holística», *Justicia digital, mercado y resolución de litigios de consumo*, Dir. ESTEBAN DE LA ROSA, F., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 61-87.

MARQUES CEBOLA, C y VARREGOSO MESQUITA, «European Small Claims Procedure; an effective process? A proposal for an online platform», *Access to Justice in Eastern Europe*. Published online: 14 de marzo de 2022*. https://ajee-journal.com/european-small-claims-procedure-an-effective-process-a-proposal-for-an-online-platform*

MARTÍNEZ SANTOS, A., «Algunas notas sobre la potestad de suprimir de oficio la vista del juicio verbal en el proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal», en JIMÉNEZ CONDE, BANACLOCHE PALAO y GASCÓN INCHAUSTI (dirs.), SCHUMANN BARRAGÁN (coord.), *Logros y Retos de la Justicia Civil en España*, Tirant lo Blanch,

Valencia, 2022 (en prensa).

NIEVA FENOLL, J., «Resolución de litigios en línea para demandas de menor cuantía: ¿es la única solución realista?, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, 2022.

SANTALÓ GORIS, C., «A Boost in the Number of European Small Claims Procedures before Spanish Courts: A Collateral Effect of the Massive Number of Applications for European Payment Orders?, *Conflicto of Laws.net*

SIGÜENZA LÓPEZ, J, «Un buen instrumento para la tutela del crédito que suscita no pocos problemas prácticos: el problema europeo de escasa cuantía», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2021), Vol. 13, Nº 2, pp. 550-574.

SILVESTRI, E., «Small Claims and procedural simplification: evidence from selected EU legal systems», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, 2022.

SIMAITIS, R., VBRAIT, V. y MARKEVIIT, M., «European Small Claims Procedure in the real of the other European proceedings», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, 2022.

TARUFFO, M., «Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil», *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Eds. CARPI, F. y ORTELLS, M., Universitat de Valencia, 2008, pp. 205- 219.

TURRONI, D., «Oral Hearing management under the E.S.C.P. Regulation», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, 2022.

VIDAL FERNÁNDEZ, B., «Novedades en el proceso europeo de escasa cuantía» en *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Dir.ª JIMENO BULNES, M., Bosch, Barcelona, 2016, pp. 33-82.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., *El juicio verbal y sus especialidades.* Colección 20 años de la LEC 2000: Los procedimientos civiles ordinarios y los recursos. Coord. BANACLOCHE PALAO, J., La Ley, Madrid, 2020.

Capítulo 13 | La reforma necesaria del proceso monitorio en España: ¿hacia una generalización del proceso monitorio europeo?

*Enrique Vallines García**

1. INTRODUCCIÓN. 2. RAZONES PARA UNA REFORMA DEL PROCESO MONITORIO DE LA LEC. 2.1. Falta de coherencia interna. 2.2. Creciente complejidad. 2.3. Inseguridad jurídica. 2.4. Riesgos para el derecho de defensa. 2.5. ¿Fracaso de los objetivos del proceso monitorio de la LEC? 3. DUDAS GENERADAS POR LA CONVIVENCIA CON EL PROCESO MONITORIO EUROPEO. 3.1. La alternativa entre proceso monitorio de la LEC y proceso monitorio europeo: una misma finalidad pero dos modelos distintos. 3.2. Las injustificadas diferencias de trato a acreedores y deudores. 3.3. La perplejidad y las dudas del legislador y de los jueces. 4. APROXIMACIÓN DEL PROCESO MONITORIO DE LA LEC AL PROCESO MONITORIO EUROPEO. 4.1. La igualdad entre acreedores y entre deudores como inspiración. 4.2. Aproximación por vía legislativa. 4.3. Aproximación por vía jurisprudencial. 5. PERSPECTIVAS DE FUTURO. 5.1. ¿Hacia un único proceso monitorio de corte puro para la reclamación de deudas dinerarias? 5.2. ¿Un proceso monitorio especial en materia de consumo? 5.3. ¿Mejor un proceso monitorio documental reformado para asuntos internos que conviva con el proceso monitorio europeo para asuntos transfronterizos? 6. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA GENERALIZACIÓN DEL PROCESO MONITORIO EUROPEO ES LA MEJOR SOLUCIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

Con la técnica monitoria se vinculan ausencia de oposición y ejecución forzosa. Concretamente, mediante dicha técnica se pretende determinar de forma sencilla, ágil y rápida si el deudor se va a oponer al cumplimiento de una obligación y establecer que, en caso de ausencia de oposición, será inmediatamente posible la ejecución forzosa.[1] A tal fin, en los procesos monitorios, se notifica la demanda al

* *Senior Research Fellow* en el *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law* — Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid.

1. Tomando prestadas las palabras de Calamandrei, «Il procedimento monitorio nella legislazione italiana», en *Opere Giuridiche Vol IX - Esecuzione forzata e procedimenti speciali*, RomaTrePress, 2019, p. 12, se trata de que «a falta de una oposición tempestiva, el requirimiento de pago adquiere, al vencimiento del plazo, efica-

deudor de una manera efectiva y se le formula una seria advertencia —una monición—, a saber: que, si no se opone al cumplimiento de la obligación dentro de un plazo determinado, se podrá despachar ejecución contra él de manera inmediata, sin necesidad de tramitar previamente un proceso declarativo ordinario.[1]

En el Derecho procesal español, la técnica monitoria se utiliza en los procesos de desahucio por falta de pago (cf. arts. 250.1.1.º y 440.3 LEC) y, muy especialmente, en las reclamaciones de deudas dinerarias de naturaleza civil, mercantil o laboral (arts. 812 y ss. LEC y art. 101 LJS). En este último ámbito —el de las reclamaciones de deudas dinerarias—, la normativa monitoria española convive con una específica normativa comunitaria, a saber: con el Reglamento (CE) 1896/2006 de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (en adelante, RPME) para asuntos transfronterizos.

En las páginas que siguen comenzaremos exponiendo una serie de razones que, a nuestro juicio, llaman a una reforma en profundidad del proceso monitorio de los arts. 812 y ss. LEC, es decir, el proceso monitorio previsto para la reclamación de deudas dinerarias de naturaleza civil o mercantil. A ese listado de razones se añade la necesidad de procurar la igualdad entre los justiciables que inician o se ven sometidos a un proceso monitorio, con independencia de si el asunto es transfronterizo o puramente interno. Concluiremos argumentando que el enfoque más adecuado de esa reforma sería modificar los arts. 812 yss LEC y el art. 101 LJS para generalizar la aplicación del RPME a todo tipo de reclamaciones de deudas dinerarias, incluidas las relativas a los asuntos puramente internos, con el añadido de alguna regla especial cuando el demandado tenga la condición de consumidor.

2. Razones para una reforma del proceso monitorio de la LEC

Existen diversas razones para abogar por una reforma en profundidad del proceso monitorio de la LEC. A nuestro modo de ver, esas razones son: (i) la ruptura de la coherencia interna de su normativa reguladora; (ii) la pérdida de la sencillez procedimental, que debería ser inherente a la técnica monitoria; (iii) la inseguridad jurídica que deriva de la interpretación de varias normas, algunas de ellas relativas a aspectos de gran trascedencia; (iv) la existencia de serios riesgos para la defensa del deman-

---

cia de título ejecutivo» (*in mancanza di tempestiva opposizione, l'ordine di pagamento acquista, allo scadere del termine, efficacia di titolo esecutivo*).

1. Cf. Pérez Ragone, «En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales», *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIX, n.º 1, 2006, pp. 207-210 (disponible en http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v19n1/art09.pdf; acceso: 10 agosto 2022).

dado; y (v) los indicios de que tal vez no esté consiguiendo sus objetivos de protección del crédito dinerario. Desarrollamos a continuación cada una de estas razones.

2.1. Falta de coherencia interna

El proceso monitorio del texto original de la LEC tenía la debida coherencia interna, en el sentido de que al acreedor se le permitía presentar una petición inicial sucinta (cf. art. 814 LEC) y al deudor que deseaba oponerse se le exigía, simplemente, que expresara «*sucintamente*» las razones de su oposición (cf. la redacción original del art. 815.1 LEC). Ciertamente, el carácter sucinto de la petición inicial (en la que solo se mencionan la identidad de las partes, el origen de la deuda y su cuantía) dificulta que el deudor pueda conocer con detalle los hechos y los fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión formulada contra él. En ese escenario, parece, pues, lógico que la respuesta del deudor deba ser también «sucinta» y no tenga que ahondar en cuestiones de hecho o de Derecho.[2] Se explicaba así que, cuando, tras la oposición sucinta, el monitorio se reconducía a un juicio verbal, la vista comenzara con la exposición por el demandante de los fundamentos de lo que había pedido y continuara con un turno para que el demandado formulara todas las alegaciones que a su derecho convinieran y aportara toda la documentación justificativa de esas alegaciones (cf. texto original de los arts. 443 y 265.4 LEC).

En cambio, con el texto actual de la LEC (introducido mediante Ley 42/2015), esa coherencia interna se ha roto. Se ha mantenido la petición inicial sucinta (art. 814 LEC), pero, al mismo tiempo, se le exige al deudor que alegue «*de forma fundada y motivada*» las razones de su oposición (art. 815.1 LEC). Ello supone, a la postre, que se fuerza al demandado a presentar una verdadera contestación a la demanda;[3] contestación a la que, con frecuencia, la jurisprudencia ha anudado rígidos efectos preclusivos, en términos de impedir la alegación de nuevos motivos de oposición en el proceso declarativo posterior.[4] Así, gracias a esta regulación, el

---

2. En este sentido, dice Picó i Junoy, «Nuevas perspectivas sobre la debida armonización del proceso monitorio y el posterior juicio ordinario», *Justicia* 2013-1, p. 72, que debía existir «correspondencia» entre la simplicidad de la petición inicial y el contenido del escrito de oposición. En el mismo sentido, Castillo Felipe, «Sobre la necesidad de motivar 'sucintamente' el escrito de oposición al proceso monitorio», en Murga Fernández y Tomás Tomás (dirs.), *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, Wolters Kluwer, 2014, p. 299; para este autor sería «del todo desafortunado imponer al deudor en la motivación del escrito de oposición una exhaustividad que no se requiere al acreedor al confeccionar su escrito inicial de proceso monitorio».

3. «Asimilando el escrito de oposición al de contestación a la demanda», dice Herrero Perezagua, «Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 45, 2018, p. 36.

4. Cf. Picó i Junoy, «Nuevas perspectivas…», cit. en nota 3, pp. 78 y ss.; Garciandía González, «La incidencia de las actuaciones previas a la demanda en el proceso subsiguiente: práctica de diligencias, adopción de medidas y celebración de juicio monitorio con oposición del deudor», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52, 2020, pp. 50 y ss., disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422817&d=1 (acceso: 10 agosto 2022); Pillado González, «Problemática del juicio monitorio tras la Ley

actor puede limitarse a aludir sucintamente al «origen» de la deuda en su petición inicial, mientras que el demandado puede verse forzado a imaginar cuáles pueden ser todos y cada uno de los hechos y fundamentos jurídicos que podría invocar el actor en apoyo de su pretensión y a formular una defensa completa frente a esos hechos y fundamentos previamente imaginados. Se trata en suma de que la normativa está propiciando que el demandado tenga que defenderse frente a lo que intuye —frente a algo que no conoce plenamente—, lo cual, amén de carecer de lógica, es difícilmente compatible con el derecho fundamental a la defensa.

Todo ello se hace especialmente patente en los casos en los que el proceso monitorio se transforma en juicio verbal, pues, tras la oposición «fundada y motivada» del demandado,[5] la ley le concede al actor la posibilidad de completar extensamente su demanda mediante un «escrito de impugnación» de la oposición, pero no le otorga después al demandado la posibilidad de replicar debidamente a los argumentos vertidos por el actor en dicho «escrito de impugnación». Así, si el juicio verbal termina sin vista, será totalmente imposible la réplica del demandado y, por tanto, la última palabra la habrá tenido el demandante; y, si hay vista, el demandado tampoco podrá contestar adecuadamente frente al «escrito de impugnación», toda vez que la LEC solamente le permite formular «aclaraciones» en el acto de la vista (arts. 818.2,1, 438.4 y 443.3 LEC). Por tanto, en cualquiera de los dos escenarios posibles (verbal sin vista o verbal con vista), el demandado tiene que fiar su defensa al escrito de oposición, el cual habrá tenido que redactar «a ciegas», es decir, sin conocer los argumentos adicionales que incluirá el actor en su posterior «escrito de impugnación». El resultado es que, como provocadora y gráficamente se ha escrito, en esos casos, de alguna manera, al demandado se le exige presentar la «contestación antes que la demanda».[6]

42/2015, de 5 de noviembre de modificación de la LEC», *Práctica de Tribunales*, núm. 127, junio-julio 2017, ep. II.2; Landín Díaz de Corcuera, «La oposición a la reclamación por procedimiento monitorio tras la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Eventual equiparación del escrito de oposición a una contestación a la demanda», *Revista Consumo y Empresa*, núm. 5, 2017, *passim*; y Abella López, «Oposición del deudor al proceso monitorio y posterior proceso declarativo: nexos y vinculaciones», Práctica de Tribunales, n.º 111, 2014, ep. 4.3.

5. Una oposición que, como dice Herrero Perezagua, «Cinco preguntas…», cit. en nota 4, p. 39, «sustituye al escrito de contestación [en el juicio verbal posterior al monitorio]; que «equivale a la contestación».

6. Orriols García, «El lastimoso juicio verbal derivado del monitorio. Denuncia de la nefasta reforma introducida por Ley 42/2015», *Diario La Ley*, n.º 8746, de 21 de abril de 2016, ep. III. En la misma línea, cf. Gómez Amigo, «La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre», *Práctica de Tribunales*, n.º 126, 2017, ep. 4.3; Herrero Perezagua, «Cinco preguntas…», cit. en nota 4, p. 39; Herrero Perezagua, «El cambio de modelo del juicio verbal», en García-Rostán Calvín y Sigüenza López (dirs.), *El proceso civil ante el reto de nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, 2017, p. 98; Jiménez Conde, «El proceso monitorio tras las reformas de 2015», en García-Rostán Calvín y Sigüenza López (dirs.), *El proceso civil ante el reto de nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, 2017, pp. 108-111; y Garberí Llobregat, «Reformas que precisa la actual regulación del proceso civil monitorio», *Diario La Ley*, 18 de mayo de 2021, ep. II.3. Para una opinión distinta, cf. Bonet Navarro (J.), «La oposición en el proceso monitorio tras la necesaria reforma operada por la ley 42/205, de 5 de octubre», en García-Rostán Calvín y Sigüenza López (dirs.), *El proceso civil ante el reto de nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, 2017, pp. 161-167.

2.2. Creciente complejidad

Como se ha dicho más arriba, resulta esencial al proceso monitorio el determinar de forma sencilla y ágil si el deudor se opone al cumplimiento de la obligación esgrimida por el acreedor y, en caso de ausencia de oposición, permitir rápidamente el paso a la ejecución forzosa.[7] La simplicidad y la rapidez dan sentido a la existencia del proceso monitorio. En consecuencia, si la regulación del proceso monitorio tuviera un grado de complejidad procesal elevado, el proceso monitorio perdería su razón de ser, si no totalmente, al menos en una parte muy significativa. En palabras muy certeras de Banacloche Palao:

> El proceso monitorio está pensado para tramitarse como un procedimiento sencillo, basado en la existencia de un requerimiento y la posibilidad de pago u oposición, que en caso de no producirse crea un título ejecutivo. Por eso, todo lo que sea introducir en medio de su tramitación cuestiones ajenas a la finalidad que lo justifica (…) lo hace perder su propia esencia y lo desestructura.[8]

Pues bien, a nuestro entender, eso es precisamente lo que ha ocurrido con el proceso monitorio de la LEC. Lo que en 2000 comenzó siendo un proceso sencillo para la tutela rápida del crédito dinerario, en 2022 se ha transformado, tanto por la vía legislativa como por la vía de la interpretación jurisprudencial, en un complejo instrumento procesal. Esto se aprecia en varios aspectos de la actual regulación e interpretación de los arts. 812 y ss. LEC:

a) Un ejemplo palmario del aumento de la complejidad en el proceso monitorio de la LEC es la regulación del incidente para determinar la existencia o no de cláusulas abusivas. La sencillez del proceso monitorio aconseja dejar al consumidor-demandado la iniciativa de oponerse —y, así, evitar la inmediata ejecución y forzar que la disputa se ventile en un proceso declarativo ordinario— si considera que la cláusula en que podría fundamentarse la deuda reclamada es abusiva; o, al menos, simplificar al máximo los trámites para detectar y expulsar del procedimiento las cláusulas que puedan ser abusivas. Sin embargo, movido por la jurisprudencia del TJUE, nuestro legislador introdujo en el art. 815.4 LEC un complejo incidente de previo pronunciamiento contradictorio con la finalidad de forzar al tribunal a determinar, incluso de oficio, si la deuda reclamada frente al consumidor está o no amparada en una claúsula abusiva. El incidente se pone en marcha de oficio con la intervención del LAJ y del juez; a continuación, se da audiencia a todas las partes (incluido el demandado, que todavía no estaba personado); y, finalmente, el tribunal decide mediante auto, contra

7. Cf. *supra*, epígrafe 1.

8. Banacloche Palao, «Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio», *Diario La Ley*, n.º 8137, de 30 de julio de 2013, ep. IV.II.

el que cabe recurso de apelación directo. Además, el planteamiento del incidente suspende la tramitación del proceso principal. Todo ello contraviene la finalidad del proceso monitorio (que, recuérdese, es saber de forma rápida si el deudor se va a oponer o no al pago de la deuda reclamada).[9]

b) Otra muestra de la creciente complejidad del proceso monitorio de la LEC es la admisibilidad de una impugnación autónoma de la competencia del tribunal. En efecto, la sencillez del proceso monitorio reclama que cualquier cuestionamiento de la competencia del tribunal deba interpretarse como una oposición del deudor al pago de la deuda y, por ende, como una expresión de la voluntad del deudor de evitar la inmediata ejecución y de querer que la disputa se resuelva en el proceso declarativo que corresponda.[10] Sin embargo, rectificando su criterio previo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que sí es posible plantear declinatoria en el proceso monitorio,[11] con la consiguiente apertura de un incidente de previo pronunciamiento contradictorio que, como el incidente para las cláusulas abusivas, suspende la tramitación del procedimiento principal (cf. arts. 63-64).

c) Y, en fin, otro de los aspectos que revelan la cada vez mayor complejidad del proceso monitorio de la LEC es el de la regulación de la oposición. Como ya hemos comentado más arriba, en cuanto a la oposición en sí, la LEC exige un grado de complejidad equivalente al que se exige a la contestación a la demanda en un proceso declarativo ordinario. Sin embargo, la sencillez del proceso monitorio sugiere que sería preferible un modelo con una oposición sin razones o, al menos, con razones sucintas. Además, respecto de los efectos de la oposición, la conversión del proceso monitorio en juicio verbal resulta excesivamente compleja habida cuenta de la «lastimosa» y «asimétrica» sucesión de trámites alegatorios (petición inicial sucinta, oposición exhaustiva, impugnación escrita de la oposición y, en su caso, aclaraciones orales en la vista).[12]

---

9. Cf. Banacloche, «Algunas reflexiones…», *ibidem*; Herrero Perezagua, «Cinco preguntas…», cit. en nota 4, p. 31; y Picó i Junoy, «Requiem por el proceso monitorio», *Justicia*, núm. 2, 2015, pp. 523 y ss. Que este incidente resulta complejo lo ha reconocido el Gobierno de España en su «Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia» (BOCG-Congreso-XIV Leg. Núm. 97-1, de 22 de abril de 2022), en cuya Exposición de Motivos (ap. V) se puede leer lo siguiente: «(…) se introduce una nueva regulación en el ámbito del proceso, monitorio, simplificando el incidente por posible existencia de cláusulas abusivas en el contrato que sirve de base a la petición. La actual regulación de este incidente desnaturaliza el procedimiento retrasando considerablemente su tramitación, con lo que ni el solicitante obtiene una respuesta rápida, ni se obtiene una tramitación eficiente del asunto, con grave perjuicio para la Administración de Justicia, dando lugar a retrasos considerables y acumulaciones de procedimientos pendientes».

10. En el marco del proceso monitorio europeo, esta idea subyace en el razonamiento del TJUE en la Sentencia Thomas Cook (C-245/14, *Thomas Cook Belgium v Thurner Hotel GmbH*, EU:C:2015:715).

11. ATS1.ª de 6 de abril de 2022 (rec. 372/2021; ES:TS:2022:5605A), FJ 1.

12. Los adjetivos «lastimoso» y «asimétrico» son empleados, respectivamente, por Orriols García y por Gómez Amigo en sus trabajos citados *supra*, nota 7. Cf. también el resto de los trabajos citados en esa misma nota.

2.3. Inseguridad jurídica

La regulación actual del proceso monitorio de la LEC genera inseguridad jurídica tanto a los acreedores como a los deudores e, incluso, a los tribunales. Veamos algunos ejemplos.

Los acreedores padecen una significativa inseguridad en relación con la suficiencia del documento que se les exige aportar para que su petición inicial resulte admitida. En este punto, el texto de la LEC muestra todavía mucha flexibilidad, al permitir que las demandas monitorias puedan admitirse con «documentos unilateralmente creados por el acreedor [que] sean de los que habitualmente documentan créditos y deudas» (art. 812.1.2.ª LEC). Sin embargo, con relativa frecuencia, los tribunales prescinden de la flexibilidad que la ley establece y se muestran reticentes a la admisión de demandas monitorias cuando del documento aportado no se deduce la voluntad del deudor de haber querido contraer la deuda, al considerar que dicho documento o bien no encaja exactamente en ninguno de los supuestos del art. 812 LEC, o bien no constituye un «principio de prueba del derecho del peticionario» (cf. art. 815.1 LEC).[13]

Otro ámbito de inseguridad para los acreedores tiene que ver con la posibilidad de reclamar los intereses no vencidos a la fecha de presentación de la petición inicial. Así, algunos juzgados admiten que en la petición inicial del proceso monitorio se pueda solicitar el pago de los intereses que vayan a devengarse desde la fecha de presentación de la petición hasta el pago del principal, mientras que otros juzgados no admiten tal solicitud sobre la base de una interpretación restrictiva de la exigencia del art. 812.1 LEC de que la deuda sea «líquida, determinada, vencida y exigible».[14]

---

13. De esta situación da cuenta Brachfield, «Análisis del proceso monitorio 2015», p. 19, disponible en https://perebrachfield.com/wp-content/uploads/2015/08/Centro_de_Morosologia_EAE__Analisis_del_proceso_monitorio_2015_-03_08_2015.pdf (acceso 10 agosto 2022): «Este aspecto [el del control específico sobre los documentos aportados con la petición inicial] es sin duda delicado, por los distintos criterios que aplican los Secretarios y Jueces para revisar y apreciar los documentos aportados por el acreedor. Por un lado, existen Secretarios y Jueces que aplican un criterio más favorable a la admisión de documentos, que se deriva de la propia razón de ser de este proceso y del hecho de que el legislador otorga un gran espectro a los documentos que dan acceso al monitorio. Por otro, hay Secretarios y Jueces que efectúan un control más estricto tanto de los documentos como de los orígenes de las deudas, y no admiten la validez de fotocopias o documentos unilateralmente emitidos por el acreedor». Es también interesante la reflexión de López Sánchez, *La regulación del proceso monitorio y su aplicación por los tribunales*, La ley, 2019, p. 24, quien, al interpretar la elevada tasa de inadmisión de peticiones iniciales (aspecto éste sobre el que volveremos *infra*, en el epígrafe 2.5), concluye que «seguramente [hay en la LEC] una falta de precisión de los requisitos documentales que permiten el acceso al proceso monitorio». Una conclusión similar aparece también implícita en Garberí Llobregat, «Reformas…», cit. en nota 7, ep. III.2.

14. Cf. Portillo, «Los intereses en el proceso monitorio. Cuestiones prácticas a la hora de reclamarlos», *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm 29, 2017, pp. 140 y ss., quien concluye que no cabría incluir en la petición inicial la reclamación de los intereses no vencidos. Herrero Perezagua y López Sánchez limitan esta conclusión a los intereseses *remuneratorios* no vencidos, al tiempo que se muestran favorables a la reclamación en el

En cuanto a los deudores, la inseguridad jurídica que padecen es mucho más grave, por cuanto afecta a su derecho de defensa. En concreto, la inseguridad deriva de la regulación de la oposición y sus efectos. Ya antes de la Ley 42/2015, era frecuente que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, sin un apoyo legal claro y expreso, entendiera que el deudor no podía alegar en el proceso declarativo ordinario posterior al monitorio ninguna excepción distinta de las que hubiera incluido previamente en su escrito de oposición a la petición inicial; o, dicho de otro modo, que la presentación del escrito de oposición producía un rígido efecto preclusivo que impedía al demandado alegar razones de oposición nuevas en sustento de su defensa.[15] Que la Ley 42/2015 convirtiera el escrito de oposición sucinto en una auténtica contestación a la demanda que debe presentarse «de forma fundada y motivada» parece haber reforzado esa postura.[16] Incluso, cuando el proceso monitorio se transforma en un juicio verbal, el rígido efecto preclusivo derivado de la presentación del escrito de oposición podría apoyarse en el extraño engarce diseñado por el 818.2,1 LEC entre uno y otro proceso, que parece hacer que ambos se fundan en uno solo y que, por ende, la preclusión pueda operar como si de un único proceso se tratara.[17] Pero lo cierto es que dicha postura rígida sigue sin tener un apoyo legal claro y expreso, lo que sigue provocando inseguridad jurídica a quienes han sido demandados en un proceso monitorio.[18]

Y, por último, tres ejemplos más: acreedores, deudores y tribunales padecen inseguridad jurídica en relación con la regulación de (i) la competencia objetiva para conocer del proceso monitorio, (ii) el tipo de procedimiento ordinario que debe seguirse en caso de oposición al requerimiento de pago; y (iii) la competencia para ese procedimiento ordinario.

En materia de competencia objetiva para conocer del proceso monitorio, la introducción de los Juzgados de lo Mercantil en 2003 generó ciertas dudas. En el momento de redactar estas líneas, se viene aceptando con cierta normalidad que corresponde a los Juzgados de lo Mercantil conocer de los procesos monitorios en las

---

monitorio de los intereses *moratorios* no vencidos (cf. Herrero Perezagua, «Cinco preguntas…», cit. en nota 4, pp. 15-17; y López Sánchez, *La regulación…*, cit. en nota 14, pp. 123-126).

15. Véase la bibliografía citada *supra*, en nota 5.

16. Cf. Zarzuelo Descalzo, «La oposición en el procedimiento monitorio tras la reforma de la LEC de octubre de 2015», *Diario La Ley*, núm. 8845, de 18 de octubre de 2016, *passim*.

17. Cf. Garciandía González, «La incidencia…», cit. en nota 5, p. 57. A una conclusión similar llega Herrero Perezagua, «El cambio…», cit. en nota 7, pp. 97-98.

18. Por esa inseguridad, conforme a la regla interpretativa *odiosa sunt restringenda*, parecería más razonable que los tribunales descartaran el rígido efecto preclusivo al que nos venimos refiriendo. En este sentido, cf. nuestro trabajo «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 LEC», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Ramón Areces, 2016, ep. 4. En esta línea, aunque solo respecto del juicio ordinario (no del verbal) que sigue al monitorio, cf. también Herrero Perezagua, «Cinco preguntas…», cit. en nota 4, pp. 37-38.

materias que, desde el año 2003, les viene atribuyendo la LOPJ.[19] Sin embargo, el art. 813,1 LEC, incluso tras su reforma mediante la Ley 13/2009,[20] sigue diciendo que «será *exclusivamente* competente para el proceso monitorio el Juzgado de Primera Instancia (…)» (la cursiva es nuestra).[21] En tales circunstancias, todavía podemos encontrar resoluciones judiciales que se enfrentan a la cuestión de si el art. 813,1 LEC excluye la competencia de los Juzgados de lo Mercantil.[22]

La regulación también genera dudas respecto del procedimiento ordinario adecuado que debe seguir a la oposición del demandado. El art. 818.2 LEC dice que ese procedimiento será el verbal o el ordinario *en función de si la cuantía reclamada supera o no los 6.000 euros* (cf. arts. 249.2 y 250.2 LEC). No obstante, el art. 818.3 LEC precisa que, si se ha reclamado el pago de rentas derivadas de arrendamientos *urbanos*, debe respetarse la regla de procedimiento adecuado *por razón de la materia* establecida en el art. 250.1.1.º LEC y, en consecuencia, «el asunto se resolverá definitivamente por los trámites del juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía». Las dudas interpretativas se refieren a si también deben respetarse el resto de normas de procedimiento adecuado *por razón de la materia* (cf. arts 249.1 y 250.1 LEC), de tal manera que, por ejemplo, la oposición formulada en un proceso monitorio relativo a una renta superior a seis mil euros derivada de un arrendamiento *rústico* también debe dar lugar a un juicio verbal (arg. *ex* arts. 250.1.1.º y 818.3 LEC, por analogía) o si, por el contrario, debe dar lugar a un juicio ordinario (como se desprendería de la estricta literalidad del art. 818.2 LEC y de una interpretación del art. 813.3 LEC basada en el aforismo *inclusio unius exclusio alterius*).

Y, en fin, también hay dudas en cuanto a la competencia para conocer del proceso ordinario posterior a la oposición del demandado. La cuestión es la de si esa competencia debe corresponder necesariamente al mismo Juzgado que conoció del proceso monitorio o si, por el contrario, deben aplicarse las reglas generales en materia de competencia y, por tanto, es posible que corresponda a un Juzgado diferente. Sobre el estado actual de la cuestión en la jurisprudencia y su valoración, nos remitimos a las palabras de López Sánchez:

---

19. Cf. López Sánchez, *La regulación…*, cit. en nota 14, pp. 203-209. Durante 2020, por ejemplo, ingresaron 6.582 procesos monitorios en los Juzgados de lo Mercantil (datos obtenidos de PC-AXIS disponible en https://www6.poderjudicial.es/PxWeb2021v1/pxweb/es; acceso 10 agosto 2022)

20. Cf. Herrero Perezagua, «Cinco preguntas…», cit. en nota 4, p. 21.

21. El carácter exclusivo de la competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia para los procesos monitorios de la LEC sería, además, coherente con la DF 23.1 LEC (introducida por la Ley 19/2006), que atribuye a los Juzgados de Primera Instancia, «de forma exclusiva y excluyente», la competencia para conocer de los procesos monitorios europeos.

22. Cfr, por ejemplo, AAP Zaragoza (Secc. 5.ª) 17/2022, de 25 de enero, rec. 1239/2021, ES:APZ:2022:211A, FJ 4; o AAP A Coruña (Secc. 6.ª) 126/2020, de 30 de diciembre, rec. 292/2020, ES:APC:2020:1262A, FFJJ 1-2.

> (…) desgraciadamente, el casuismo de las resoluciones del Tribunal Supremo (…) nos aboca a una notable incertidumbre en esta materia. Por el momento, mantiene que el artículo 818.2 LEC crea una competencia funcional [del mismo Juzgado que conoció del proceso monitorio para conocer del declarativo posterior] en las reclamaciones seguidas a partir de certificaciones de impago de gastos comunes y cuando el posterior declarativo sea un juicio verbal. En cambio, cuando el posterior declarativo sea un juicio ordinario, parece que cabe interponer una declinatoria para hacer valer un pacto de sumisión expresa o el fuero de competencia imperativo que hubiera resultado aplicable de no acudirse al monitorio.[23]

2.4. Riesgos para el derecho de defensa

Como ya se ha apuntado, la regulación actual del proceso monitorio de la LEC entraña serios riesgos para el derecho de defensa del demandado. Damos aquí por reproducidas las referencias a la imposibilidad del demandado de formular un verdadera réplica frente al escrito de impugnación del actor en los casos en los que el monitorio se reconvierte en un juicio verbal, así como a la incertidumbre jurídica que pende sobre el demandado en relación con la posibilidad de introducir nuevas excepciones en el proceso declarativo posterior.[24]

2.5. ¿Fracaso de los objetivos del proceso monitorio de la LEC?

En 2000, el legislador decía en la Exposición de Motivos de la LEC que, respecto del proceso monitorio, «la Ley confía en que, por los cauces de este procedimiento (…) tenga protección rápida y eficaz el crédito dinerario». Desde entonces, si se mira el grandísimo número de procesos monitorios que según las estadísticas del CGPJ se inician anualmente,[25] cabría pensar que el proceso monitorio ha sido un éxito. Así, como reflejan los dos gráficos que se incluyen a continuación, entre 2001 y 2020, una media anual de 531.549 peticiones iniciales de proceso monitorio se presentaron en los Juzgados de Primera Instancia, cifra que representa una media de aproximada del 46,5 % de toda la litigación civil que sucedió en esos tribunales durante ese período.

---

23. Cf. López Sánchez, *La regulación…*, cit. en nota 14, p. 245.

24. Cf. *supra*, texto a las notas 4-7, 13 y 16-19.

25. Cf. los informes del CGPJ «Panorámica de la Justicia» y «La Justicia Dato a Dato» 2001-2020, disponibles en https://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/SECRETAR%C3%8DA%20GENERAL/MEMORIA%20ANUAL/FICHERO/5.2-%20Anexo.%20Informe%20sobre%20la%20actividad%20judicial%202001.%20Capitulo%20II_1.0.0.pdf; https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Panoramica-de-la-Justicia/ y https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/ (acceso: 10 agosto de 2022).

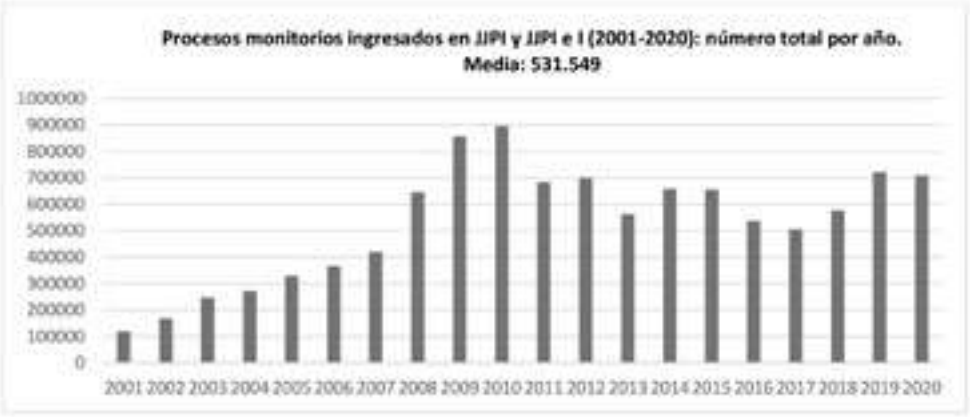


Gráfico de elaboración propia con datos del CGPJ.[26]

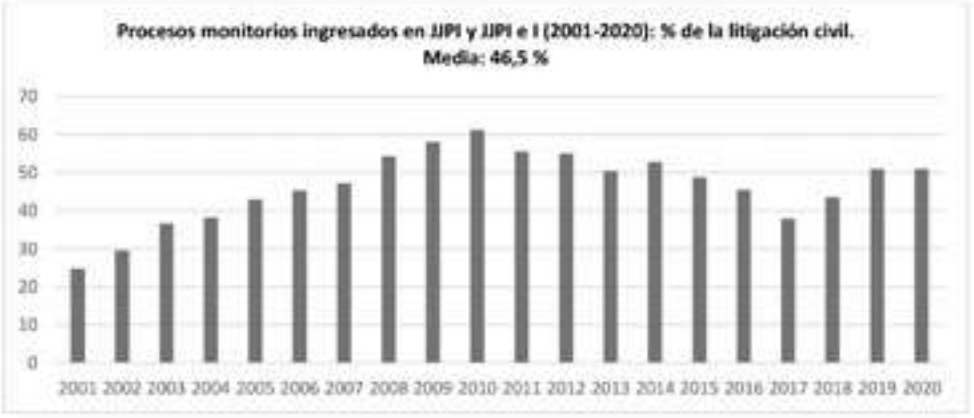


Gráfico de elaboración propia con datos del CGPJ.[27]

Pero el aparente éxito del proceso monitorio podría ponerse en entredicho si atendemos a otros datos, entre ellos, al alto porcentaje de peticiones iniciales de procesos monitorios que resultan inadmitidas actualmente (en torno al 50 %). En este sentido, como se aprecia en el gráfico siguiente, las «otras formas de terminación del proceso monitorio» han pasado de representar un 26,5 % de todos los monitorios ingresados en 2003, a representar un 54,5 % en 2020.

26. Datos obtenidos de los informes citados *supra*, nota 26.

27. Datos obtenidos de los informes citados *supra*, nota 26.

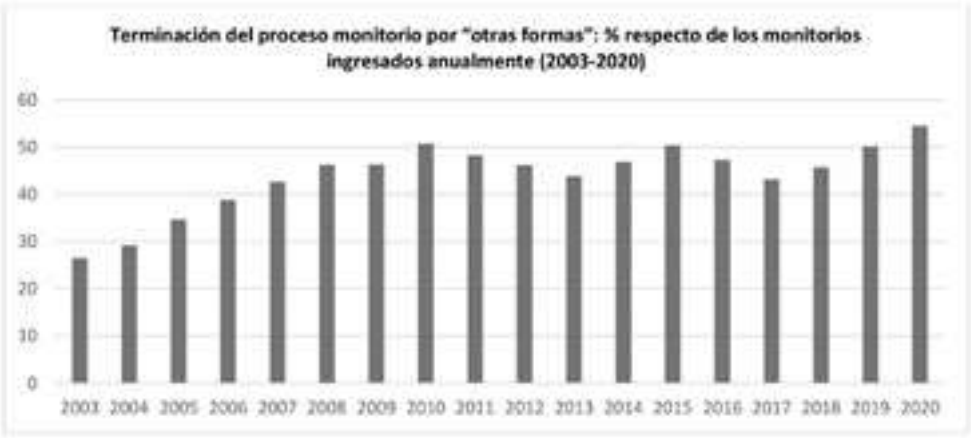


Gráfico de elaboración propia con datos del CGPJ.[28]

Según precisa el CGPJ, las «otras formas de terminación» del proceso monitorio son las formas de terminación *distintas del* pago, la oposición o la ausencia de oposición en plazo. En particular, se trata de las terminaciones que tienen su razón de ser en tres causas, a saber: la «inadmisión de la petición», la «imposibilidad de hallar al deudor» y la «falta de competencia del juzgado».[29] Y, aunque no existen datos estadísticos desagregados que pemitan confirmarlo,[30] no parece muy descabellado presumir que un número muy significativo de terminaciones por «otras formas» se debe a la causa denominada por el CGPJ «inadmisión de la petición» y que, en el marco de dicha causa, muchos procesos monitorios se inadmiten por entender el Juzgado que el documento presentado por el acreedor no encaja en ninguno de los supuestos del art. 812 LEC o no constituye un «principio de prueba del derecho del peticionario» conforme al art. 815.1 LEC.[31]

Una tasa de inadmisión de procesos monitorios que estaría en torno al 50 % podría, hasta cierto punto, considerarse normal dentro de un modelo de proceso monitorio como el de la LEC, esto es, un modelo documental en el que el juez está llamado a proteger a los demandados frente a eventuales reclamaciones infundandas a base de realizar un control previo sobre la suficiencia del documento presen-

28. Datos obtenidos de los informes citados *supra*, nota 26. Como puede apreciarse en el gráfico, no existen datos de los años 2001 y 2002.

29. Así se desprende de los Informes del CGPJ «Panorámica de la Justicia» citados *supra*, nota 26.

30. La ausencia de datos desagregados en este sentido nos ha sido confirmada por el Servicio de Estadística del CGPJ mediante correo electrónico recibido el 26 de agosto de 2021.

31. La relación entre el control de suficiencia del documento aportado con la petición inicial y la elevada tasa de inadmisión de procesos monitorios es apuntada por Brachfield, «Análisis…», cit. en nota 14, p. 19; y también está implícita en las reflexiones de López Sánchez, cit. en nota 14, p. 24.

tado por el actor.[32] Desde esa perspectiva, podría pensarse que la alta tasa de inadmisión de procesos monitorios se explica por razones históricas y socioeconómicas. En concreto, porque, en el año 2008, cuando la tasa de terminaciones de monitorios por «otras causas» superó por primera vez el 45 %, nos encontrábamos en un contexto de grave crisis financiera global que afectó a muchos miles de ciudadanos que dejaron de poder hacer frente a sus deudas; y esta situación habría propiciado que los tribunales extremaran el celo en la protección de los deudores a la hora de interpretar si los documentos aportados por los acreedores tenían cabida en el art. 812 LEC o constituían un «principio de prueba del derecho del peticionario» a los efectos del art. 815.1 LEC.[33] Con todo, la progresiva evolución al alza de la tasa de inadmisión también en los años previos a la crisis de 2008 y el mantenimiento o incremento de esa tasa en los años posteriores sugieren que ese aparente exceso de celo de los tribunales a la hora de admitir demandas de procesos monitorios no dependería —o, al menos, no dependería de forma exclusiva— de las circunstancias socioeconómicas generales del país. Por otro lado, aunque conectado con lo anterior, también podría pensarse que el alto porcentaje de inadmisiones tiene que ver con la introducción del incidente para el control previo de cláusulas abusivas. Sin embargo, la sucesión cronológica de los datos no avala esta hipótesis: como se ha dicho, el porcentaje de terminaciones por «otras formas» superaba el 45 % en 2008 y llegó a superar el 50 % en 2010, por lo que la tasa de inadmisión ya era muy elevada cuando el TJUE dictó la Sentencia que terminó dando lugar al incidente de control previo de claúsulas abusivas (la Sentencia *Banco Español de Crédito*, fechada el 14 de junio de 2012) y, lógicamente, también cuando el incidente se introdujo, en octubre de 2015, mediante la ley 42/2015.[34]

Sea como fuere, como hemos adelantado más arriba, la elevada tasa de inadmisión puede verse también como un síntoma o indicio razonable de cierto fracaso del proceso monitorio. La aparente rigidez de los tribunales para con los acreedores a la hora de valorar si el documento presentado encaja en los supuestos del art. 812 LEC o constituye un principio de prueba de su derecho no casa con la flexibilidad del art. 812.1.2.ª LEC, que, recuérdese, establece que casi cualquier documento, incluso si ha sido «unilateralmente creado por el acreedor», debería permitir la utilización del proceso monitorio; y, a la postre, no casa con los fines que, según la

32. Cf. *infra*, texto a la nota 39.

33. «La realidad económica del país cambió y la crisis hizo volver la mirada también hacia el deudor», escribió Herrero Perezagua, «Cinco preguntas…», cit. en nota 4, pp. 4-5. En sentido similar, cabría decir que, a partir de 2008, las razones que justificaron un proceso monitorio exclusivamente pensado para el acreedor distaban de ser las mismas que «cuando [en el año 2000, al aprobarse la LEC,] se pensaba que los ciudadanos simplemente no pagaban porque no querían, porque les resultaba más beneficioso en términos de coste económico no hacerlo» (Damián Moreno, «El impacto del proceso monitorio en tiempo de crisis. Monitorionalismo y panmonitorionalismo», *El Cronista del Estado Social y Democráctico de Derecho*, núm. 44, 2014, p. 37).

34. Cf. *infra*, notas 99 y 100.

Exposición de Motivos de la LEC, se propuso el legislador de 2000 al introducir el proceso monitorio, a saber: la «protección rápida y eficaz del crédito dinerario».[35]

3. Dudas generadas por la convivencia con el proceso monitorio europeo

A todas las razones anteriores para la reforma del proceso monitorio de la LEC, cabe añadir una más, a saber: las dudas que genera la convivencia entre el proceso monitorio de la LEC y el proceso monitorio europeo; dudas que están relacionadas con los objetivos político-económicos de la UE y de sus Estados miembros, así como con el principio constitucional de igualdad.

3.1. La alternativa entre proceso monitorio de la LEC y proceso monitorio europeo: una misma finalidad pero dos modelos distintos

Sabido es que el proceso monitorio de la LEC y el proceso monitorio europeo responden a una misma intencionalidad política, que en el apartado XIX de la Exposición de Motivos de la LEC se denomina «protección rápida y eficaz del crédito dinerario» y en los apartados 6 y 29 del Preámbulo del RPME se expresa como «el cobro rápido y eficiente de créditos pecuniarios». Y ambos procesos utilizan la misma técnica para ese fin político: la técnica monitoria, que anuda inactividad del demandado con posibilidad de inmediata ejecución.[36]

La diferencia esencial entre ambos procesos es que mientras que el proceso monitorio de la LEC responde a un modelo documental —en el que el actor tiene la carga de presentar un documento suficientemente justificativo de la deuda con su petición inicial—, el proceso monitorio europeo sigue un modelo puro o «no documental» —en el que basta la mera alegación de la deuda por parte del actor para que el tribunal emita el requerimiento de pago—.[37] Ciertamente, cada mo-

---

35. Véase, en este sentido, Brachfield, «Análisis…», cit. en nota 14, p. 25; del mismo autor, «El monitorio fracasa en el recobro de deudas», *Diario Cinco Días*, 7 de septiembre de 2015, disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/09/07/economia/1441649288_659891.html; y, también del mismo autor, «La eficacia del proceso monitorio en la reclamación de cantidad», *Blog Hay Derecho*, 27 de noviembre de 2019, disponible en https://www.hayderecho.com/2019/11/27/la-eficacia-del-proceso-monetario-en-la-reclamacion-de-cantidad/ (acceso: 10 de agosto de 2022).

36. Cf. *supra*, 1.

37. La distinción entre el modelo documental y el puro la trazó Calamandrei, «Il procedimento monitorio…», cit. en nota 1, pp. 16 y ss. Más recientemente, cf., por ejemplo, Correa Delcasso, *El proceso monitorio*, Bosch, 1998, pp. 212 y ss.; Gómez Amigo, *El Proceso Monitorio Europeo*, Aranzadi, 2008, pp. 41 y ss.; o García Cano, *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Aranzadi, 2008, pp. 59 y ss. Para algunos autores, el RPME no responde totalmente a un modelo «puro» sino a un modelo «intermedio» (García Cano, *ibidem*), «a medio

delo se basa en una filosofía diferente. Con el modelo documental, se busca que el tribunal, a base de controlar la suficiencia del documento presentado, proteja de oficio a los demandados frente a reclamaciones infundadas. En cambio, con el modelo puro, donde el control de suficiencia no existe, se hace recaer en el demandado el grueso de la responsabilidad de su defensa frente a las reclamaciones infundadas. Así, a la postre, el modelo documental revela una cierta desconfianza hacia los acreedores en la medida en que se asume que, de no exigirse el documento, abusarían de la técnica monitoria; y, sobre todo, hacia los deudores, respecto de quienes se viene a presumir una especie de dificultad o inhabilidad, al menos relativa, para reaccionar frente a la reclamación infundada, que aconsejaría la intervención protectora del Estado a través del tribunal. Por el contrario, en el modelo puro, esa intervención estatal protectora no resultaría necesaria ya que se parte de la base de la confianza general en la responsabilidad y la capacidad del ciudadano: la responsabilidad de los acreedores para no formular reclamaciones infundadas y la capacidad de los demandados para reaccionar frente a ese tipo de reclamaciones. A pesar de todo, importa añadir que los modelos puros suelen disponer de una suerte de «válvula de seguridad», esto es, suelen atribuir al tribunal ciertas potestades de control sobre la verosimilitud de la deuda que ha sido simplemente afirmada por el actor para rechazar peticiones iniciales manifiesta y claramente improcedentes.[38]

En el modelo documental de la LEC, los vigentes arts. 812 y 815.1 LEC exigen al actor la presentación del documento justificativo de la deuda y al tribunal el control de su suficiencia, hasta el punto de que, como se ha dicho en el subepígrafe anterior, existen indicios razonables de que, como consecuencia de ese control de suficiencia, se inadmite un elevado número de peticiones iniciales de procesos monitorios de la LEC (en torno al 50%).[39] Por el contrario, en el modelo puro del RPME, al actor le basta con describir las circunstancias y la prueba que justificarían la existencia de la deuda, pero no se le exige aportar documento alguno con la petición inicial (art. 7 RPME, en relación con los aps. 13 y 14 del Preámbulo y los puntos 10 y 11 del Anexo I que incluye el Formulario A).[40] Y

---

camino» (Correa Delcasso, *El proceso monitorio europeo*, Marcial Pons, 2008, p. 49) o «mixto o de compromiso» (Planchadell Gargallo, *Reclamación de créditos en la Unión Europea: El proceso monitorio europeo*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 52, 83 y 95). La razón es que, como enseguida se dirá en el texto, el RPME sí exige al actor incluir en la petición inicial una «descripción de los medios de prueba» y al tribunal efectuar un cierto control sobre el fundamento de esa petición.

38. Cf. Comisión Europea, *Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía*, 2002, pp. 17-19 y 31-32, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52002DC0746; acceso: 10 agosto 2022. Cf. también Fabian, *Die Europäische Mahnverfahrensverordnung im Kontext der Europäisierung des Prozessrechts*, JWV, 2010, pp. 169-170.

39. Cf. *supra*, epígrafe 2.5, al tratar del posible fracaso del proceso monitorio de la LEC.

40. Ahora bien, que el RPME no exija al actor adjuntar un documento justificativo de la deuda no significa que el actor no pueda adjuntar ese documento si lo considera oportuno; y tampoco significa que el tribunal no pueda admitirlo y valorarlo a los efectos de lo previsto en el art. 8 RPME. Así lo aclaró el TJUE, en contra de la

aunque, a modo de «válvula de seguridad», el art. 8 RPME exige que el tribunal examine «si la petición resulta fundada» (para «desestimarla» si, como dice el art. 11.1.b) RPME, concluye que «es manifiestamente infundada»), lo cierto es que ese examen dista mucho de ser profundo y exhaustivo. Se trata, en efecto, de un examen simple y superficial sobre la regularidad formal de la petición inicial y, a lo sumo, sobre la coherencia interna de la petición inicial. Así se deduce de las previsiones del RPME que establecen que dicho examen se ha de hacer sobre la exclusiva base de los datos que ha suministrado el actor, sin comprobaciones adicionales e, incluso, sin que sea necesaria la intervención de un ser humano, pues el examen puede «revestir la forma de un procedimiento automatizado» (ap. 16 del Preámbulo y arts. 8, 11.1.b) y 12.4.a) RPME).[41] En tales circunstancias, la responsabilidad fundamental de la defensa del demandado recae, lógicamente, sobre él mismo y sobre su capacidad para reaccionar adecuadamente frente al requerimiento de pago.

Por otra parte, importa subrayar que proceso monitorio europeo se ha integrado en los ordenamientos procesales nacionales como una oferta alternativa para los acreedores. En este sentido, hay que partir de la base de que, para tener la opción de utilizar el modelo puro previsto en el RPME, debe cumplirse un condición esencial, a saber, que el asunto tenga carácter «transfronterizo», entendiendo por tal aquel en el que «al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición [inicial]» (art. 3 RPME).

---

interpretación que había hecho el legislador español (cf. DF 23.ª.2,*in fine* LEC), en la Sentencia *Bondora* (C-453/18 y C-494/18, *Bondora AS v Carlos V.C. y XY*, EU:C:2019:1118, § 48). Sobre esta Sentencia volveremos *infra*, en el texto a la nota 105.

41. Cf. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2.ª edic, De Gruyter, 2021, pp. 736-738. Utilizar un procedimiento 100% automatizado para el examen de la petición inicial podría ser factible si el examen previsto en el art. 8 RPME estuviera limitado a la regularidad formal de la petición inicial. Pero si se quiere analizar también la coherencia interna de esa petición (a los efectos de determinar «si resulta fundada», como dice el art. 8 RPME), el recurso al procedimiento automatizado es mucho más difícil, cuando no imposible. Analizar la coherencia interna de la petición inicial requerirá, en la mayoría de los casos, la lectura y comprensión de la «descripción de las circunstancias» o «exposición de motivos» que justifican la deuda (art. 7.2.d) y ap. 6 del Anexo I RPME), con vistas a determinar si esa descripción de circunstancias incurre en gruesas contradicciones (cf. Mora Capitán, «El proceso monitorio europeo. Primeras reflexiones sobre el Reglamento (CE) n.º 1896/2006, de 12 de diciembre», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 13, 2007, ep. VI.3) o revela que la reclamación es claramente absurda, fraudulenta o ilegal (cf. García Cano, *Estudio…*, cit. en nota 38, p. 173). Y estas son tareas interpretativas de texto que, en general, solamente puede hacer el ser humano, como atinadamente apunta Correa Delcasso, *El proceso monitorio europeo*, cit. en nota 38, p. 50. Al respecto, son también interesantes los análisis de Crifò, *Cross-border enforcement of debts in the European Union*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 124-125; Fabian, *Die Europäische…*, cit. en nota 39, pp. 170-177 y pp. 211-213; Kormann, *Das neue Europäische Mahnverfahren im Vergleich zu den Mahnverfahren in Deutschland und* Österreich, JWV, 2007, pp. 93-101 y pp. 189-193; y Planchadell Gargallo, *Reclamación…*, cit. en nota 38, pp. 93-105.

Ahora bien, que el asunto sea transfronterizo no obliga al acreedor a utilizar el proceso monitorio europeo. Como indica el art. 1.2 del RPME, el proceso monitorio europeo es un opción adicional que ofrece el legislador europeo al acreedor, el cual podrá decantarse por utilizar cualquier otro proceso que pueda resultar aplicable, bien en virtud del Derecho nacional (que, en España, podría ser un proceso monitorio de la LEC o, en asuntos laborales, de la LJS; o, alternativamente, un proceso declarativo de la LEC o la LJS) o del Derecho comunitario (por ejemplo, un proceso europeo de escasa cuantía).[42] Con todo, pese a la variedad de opciones disponibles para el acreedor de un crédito dinerario en un asunto transfronterizo, resulta razonable presumir que, en general, el acreedor preferirá un proceso con técnica monitoria (esto es, un proceso en el que la inactividad del deudor franquee el paso a la ejecución de forma inmediata), por lo que, a la postre, centrará el ámbito de su valoración estratégica en determinar si elige el proceso monitorio europeo o el proceso monitorio nacional.

3.2. Las injustificadas diferencias de trato a acreedores y deudores

Si pensamos en el ordenamiento jurídico de forma unitaria, desde una perspectiva pre-contenciosa, ofrecer a los acreedores la posibilidad de elegir entre dos procedimientos que responden a una misma técnica y que persiguen la misma finalidad resulta, cuando menos, un poco extraño. Y la extrañeza es todavía mayor cuando, al dar el salto al escenario contencioso, se comprueba que tanto los acreedores como los deudores reciben un trato procesal sensiblemente diferente en uno y otro procedimiento: en un cauce monitorio, las partes tienen determinados poderes y cargas, mientras que en el otro cauce monitorio, esos poderes y cargas son, a veces, sustancialmente distintos o tienen una configuración muy diferente. El cuadro siguiente pretende recoger los ejemplos más llamativos de esas diferencias de trato:

42. Cf. también el art. 1 Reglamento (CE) 861/2007 de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

		Proceso monitorio de la LEC	Proceso monitorio europeo
Tratamiento procesal del **acreedor-demandante**	**Documento justificativo de la deuda requerido con la petición**	Sí[43]	No[44]
	Posibilidad de reclamar intereses futuros	Dudoso[45]	Sí[46]
	Posibilidad de subsanar la petición inicial	Dudoso[47]	Sí[48]
	Recurso devolutivo contra la inadmisión de la petición inicial	Sí[49]	No (sin perjuicio de eventual recurso no devolutivo y, en todo caso, de poder reproducir la reclamación)[50]

43. Art. 812 LEC. Cf. *supra*, texto a la nota 40.

44. Art. 7 RPME, en relación con los aps. 13 y 14 del Preámbulo y los puntos 10 y 11 del Anexo I que incluye el Formulario A. Cf. *supra*, texto a la nota 41.

45. Las dudas tienen su origen en la exigencia del art. 812.1 LEC de que la deuda debe ser «líquida, determinada, vencida y exigible», como se dijo supra, en el texto a la nota 15.

46. Art. 7.2.c) RPME y STJUE Szyrocka (C-215/11, *Szyrocka v SiGer Technologie,* EU:C:2012:794, §§ 38 y ss.).

47. Algunas resoluciones han sostenido que la posibilidad de subsanar la petición inicial defectuosa no existe en el proceso monitorio de la LEC. Especialmente rotunda en este sentido viene siendo la Sección 11.ª de la AP de Madrid, que, entre otros argumentos, fundamenta la imposibilidad de subsanación en que «la LEC no contiene una disposición similar al art. 9 RPME» (AAP Madrid Sec. 11, 145/2019 , de 17 de julio, rec. 372/2019, ES:APM:2019:2728A, FJ IV; y AAP Madrid Sec. 11, 133/2019 , de 26 de junio, rec. 565/1998, ES:APM:2019:4300A, FJ III).

48. Art. 9 RPME.

49. Es posible el recurso de apelación conforme a la regla general del art. 455.1 LEC.

50. Art. 11.2 RPME (prohibición de recurso devolutivo); ap. 17 del preámbulo RPME (posibilidad de que el Derecho nacional establezca un recurso no devolutivo «ante un órgano jurisdiccional del mismo nivel»); y art.

		Proceso monitorio de la LEC	Proceso monitorio europeo
Tramiento procesal del **deudor-demandado**	**Necesidad de motivación del escrito de oposición**	Sí[51]	No[52]
	Postulación técnica obligatoria para presentar escrito de oposición	Sí, cuando la cuantía reclamada supere los 2.000 Euros[53]	No[54]
	Vinculación futura del demandado en ulteriores procesos a los motivos esgrimidos en el escrito de oposición del proceso monitorio	Dudoso[55]	No[56]

11.3 RPME (posibilidad de reproducir la reclamación).

51. Art. 815.1,1 LEC. Cf. *supra*, texto a la nota 4.

52. Art. 16.3 RPME, en relación con el ap. 23 del preámbulo y con el Anexo IV (Formulario F). El art. 16.3 RPME establece, simplemente, que el demandado no tiene la obligación de dar razones en su escrito de oposición, pero no le impide darlas, si lo estima oportuno (por ejemplo, a los efectos de imposición de sanciones por falta de buena fe procesal del actor).

53. Arts. 818.1,2, 23.2.1.º y 31.2.1º LEC.

54. Art. 24 RPME.

55. Como se dijo *supra*, en el texto a las notas 16-19, numerosa jurisprudencia establece esta vinculación futura del demandado en atención a las exigencias del art. 815.1,1 LEC respecto de la motivación del escrito de oposición.

56. Lógicamente, si el art. 16.3 RPME no exige motivar la oposición, no debe haber vinculación a los motivos de oposición que hayan podido eventualmente esgrimirse. Así, de cara a un eventual proceso posterior, la alegación de razones de oposición debe reputarse jurídicamente neutra, es decir, como equivalente a una oposición inmotivada (arg. *ex* art. 16.3 RPME, en relación con el ap. 23 del Preámbulo y con el Anexo IV -Formulario F-; C-144/14, *Goldbet Sportwetten v Massimo Sperindeo,* EU:C:2013:393, §§ 35-40; y C-94/14, *Flight Refund v Lufthansa*, EU:C:2016:148, §§ 47, 52 y 54).

		Proceso monitorio de la LEC	Proceso monitorio europeo
Tratamiento procesal de **ambas partes**	**Cómputo de días inhábiles para el cálculo de plazos procesales**	No[57]	Sí[58]
	En caso de oposición, transformación automática en proceso declarativo ordinario	Sí, «cuando la cuantía de la pretensión no excediera de la propia del juicio verbal» (aunque la transformación entraña riesgo para el derecho del defensa del demandado)[59]	No[60]

Como se desprende del cuadro anterior, en el proceso monitorio europeo, el *actor* no necesita adjuntar documentos a su petición inicial, lo que hace aumentar las probabilidades de admisión, en la medida en que no es necesario un control del tribunal sobre la suficiencia del documento justificativo de la deuda. Además, el actor se ve favorecido por la certeza de poder reclamar intereses futuros y de tener derecho a un trámite de subsanación. Finalmente, no podrá recurrir ante un tribunal superior el auto de inadmisión (lo que parece coherente con la sencillez y rapidez que debería caracterizar el proceso monitorio), sin perjuicio de poder plantear un recurso no devolutivo si la ley nacional lo autoriza y, en todo caso, sin perjuicio

57. Art. 185 LOPJ y art. 133 LEC.

58. Ap. 28 del Preámbulo del RPME y DF 23.7 LEC.

59. Art. 818.2 LEC, que regula un extraño engarce entre el proceso monitorio y el juicio verbal a base de permitir al actor "impugnar" el escrito de oposición del demandado sin permitir a éste replicar frente a esa impugnación. Cf. *supra*, texto a las notas 7 y 25.

60. Art. 17.4 RPME y DF 23.8 LEC. La solución de exigir siempre una nueva demanda para el comienzo del proceso declarativo posterior es perfectamente acorde con las SSTJUE Goldbet y Flight Refund, que vienen a decir que el proceso declarativo posterior es siempre un proceso distinto del proceso monitorio finalizado mediante el escrito de oposición (C-144/14, *Goldbet Sportwetten v Massimo Sperindeo,* EU:C:2013:393, § 39; y C-94/14, *Flight Refund v Lufthansa*, EU:C:2016:148, § 50).

de poder reproducir la reclamación. Por su parte, el *demandado* por los cauces del RPME no se beneficiará de un control judicial de oficio frente a reclamaciones infundadas como el que exige el modelo monitorio documental de la LEC. Sin embargo, como contrapartida, podrá oponerse al pago de manera sencilla en el plazo de treinta días naturales, sin necesidad de contratar los servicios de un abogado y procurador, sin dar ninguna explicación y, en fin, sin temor a que sus argumentos defensivos en un proceso posterior se vean limitados por los eventuales motivos de oposición que esgrimió en el proceso monitorio. Por último, en caso de oposición, el inicio del proceso declarativo posterior requerirá siempre —incluso cuando ese proceso sea un juicio verbal— de una nueva demanda del actor ante el Juzgado y conforme al procedimiento que correspondan según las reglas generales en materia de competencia y de procedimiento adecuado; demanda que podrá entonces ser contestada íntegramente por el demandado sin ningún riesgo para su derecho de defensa. El proceso monitorio europeo resulta, así, al menos a nuestro modo de ver, un proceso coherente, sencillo, ágil y asequile económicamente que, en comparación con el proceso monitorio de la LEC parece, en general, más atractivo para los acreedores y más cómodo y seguro para los deudores que desean oponerse al requerimiento de pago.[61]

A la vista de lo anterior, resulta inevitable preguntarse si es razonable que, en el contexto de una técnica monitoria puesta al servicio de la protección del crédito dinerario, los justiciables puedan estar sometidos a un tratamiento procesal distinto por el mero hecho de que una de las partes tenga su domicilio o su residencia habitual en un Estado distinto de aquel donde se presenta la demanda. O dicho de otro modo, surge inexorablemente la pregunta de si el carácter «transfronterizo» de los asuntos para los que está previsto el proceso monitorio europeo es, *per se*, una justificación suficiente para la existencia de esas reglas distintas.

---

61. Cf. Moreno Blesa, «El proceso monitorio europeo: El Reglamento 1896/2006», en Otero García-Castrillón (dir.), *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, 2020, p. 110, quien da cuenta de «la positiva acogida que ha tenido el monitorio europeo entre los operadores jurídicos» en España, por su «agilidad, rapidez y simplicidad». Y más allá de nuestras fronteras, Onţanu, *Cross-Border Debt Recovery in the EU. A Comparative and Empirical Study on the Use of the European Uniform Procedures*, Intersentia, 2017, p. 409, constató que los profesionales del Derecho en Francia, Italia, Inglaterra y Rumanía manifestaron su especial aprecio por el proceso monitorio europeo por su «rapidez», su «asequibilidad» (*affordability*) y por el «carácter menos restrictivo de sus requisitos en comparación con los procedimientos nacionales». La misma impresión positiva ha tenido la Comisión Europea en su estudio sobre la aplicación del RPME realizado entre 2010 y 2015 (*Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo*, 13 octubre 2015, ep. 2.2, disponible en https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2015)495&lang=es; acceso 10 agosto 2022). Más críticos, desde la perspectiva del derecho de defensa del demandado en el RPME, se han mostrado algunos autores como, por ejemplo, Crifò, *Cross-border*…, cit. en nota 42, pp. 144-146; y Fabian, *Die Europäische*…, cit. en nota 39, pp. 213-216.

Y la realidad es que no lo es: el análisis del articulado del RPME revela que la mayoría de sus reglas no se justifican por el carácter «transfronterizo» de los asuntos, sino que responden, simplemente, al objetivo general de conseguir el cobro de deudas dinerarias mediante la técnica monitoria. Por esta razón, asumiendo que los Estados Miembros de la UE comparten ese objetivo general, dichas reglas del RPME serían igualmente válidas para los asuntos puramente internos, esto es, para los asuntos en que las dos partes están domiciliadas o tienen su residencia habitual en el Estado donde se presenta la demanda. En este sentido, en el año 2002, la Comisión Europea ya sugería que el futuro RPME fuera aplicable también a los asuntos puramente internos[63] y, congruentemente, en 2004, la primera Propuesta de Reglamento recogió este enfoque en su art. 2, en relación con el ap. 2.2.2 de su Exposición de Motivos.[64] Dando un paso más allá, durante la tramitación de la Propuesta, el Comité Económico y Social Europeo sostuvo:

> (…) *sólo deberá existir un proceso monitorio*: el que está previsto y regulado por la propuesta de Reglamento que se examina, el cual, por definición, no podrá dejar de ser *considerado como el más adecuado a las situaciones a las que se aplica*, so pena de perder legitimidad. Por esta razón, con la adopción del Reglamento, *deberán desaparecer los procesos monitorios previstos en algunas legislaciones nacionales* de los Estados miembros. El carácter facultativo de este proceso monitorio deberá verificarse en relación con otros procesos comunes, y no con los procesos monitorios de la misma naturaleza y finalidad [la cursiva es nuestra].[65]

Como es sabido, las posturas de la Comisión y del Comité no fueron finalmente aceptadas. El texto aprobado restringió el ámbito de aplicación del proceso monitorio europeo a los asuntos transfronterizos y permitió la coexistencia del nuevo proceso europeo con los procesos monitorios nacionales, tal y como actualmente reflejan los arts. 3 y 1.2 RPME. Pero lo cierto es que el proceso monitorio europeo diseñado por el RPME, aunque diferente en los detalles del de la Propuesta original, sigue siendo plenamente adecuado para la reclamación de cualquier tipo de

---

63. Comisión Europea, *Libro Verde…*, cit. en nota 39, pp. 6-7.

64. Dice el ap. 2.2.2 de la Exposición de Motivos de la primera Propuesta de Reglamento que «la Comisión considera que limitar el ámbito de aplicación de este proceso a los casos transfronterizos sería no sólo inadecuado sino también contraproducente» (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52004PC0173; acceso 10 agosto 2022).

65. Comité Económico y Social Europeo, *Dictamen sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo»*, 2005, aps..4.9.1 y 4.9.2 (disponible en https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:221:0077:0086:ES:PDF; acceso 10 agosto 2022). Y, en la misma línea, Comité Económico y Social Europeo, *Dictamen sobre el «Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía»*, 2003, ap. 3.1.2 (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003AE0742&from=ES; acceso 10 agosto 2022).

deuda dineraria, con independencia de si su reclamación puede clasificarse o no como «transfronteriza».[66]

No existe, pues, una justificación *material* convincente para justificar que los asuntos transfronterizos tengan un cauce monitorio distinto del que tienen los puramente internos. La única explicación que se nos antoja posible es de tipo *jurídico-formal* y, hasta cierto punto, *política*, a saber: una interpretación restrictiva del art. 65 TCE (hoy, art. 81 TFEU) conforme a la cual la UE carece absolutamente de competencias para regular en materia procesal —para hacer una armonización «horizontal» del Derecho Procesal— sobre asuntos puramente internos;[67] interpretación que parece inspirarse en el deseo de los Estados Miembros de proteger su soberanía y no permitir la expansión de las competencias de la Unión más allá de lo que estrictamente señalan los Tratados.[68]

3.3. La perplejidad y las dudas del legislador y de los jueces

La falta de una justificación material para las diferencias de trato procesal a las partes en el proceso monitorio nacional y en el proceso monitorio europeo provoca cierta perplejidad en los actores políticos, económicos y jurídicos.

Desde una perspectiva político-económica, la convivencia entre diferentes modelos de proceso monitorio dentro de la UE se ha visto como generadora de «distorsiones que obstaculizan la consecución de un espacio de justicia único».[69] Y, desde esa

---

66. Cf. González Cano, *El proceso monitorio europeo*, Tirant lo Blanch, 2008; pp. 51-52; Gómez Amigo, *El Proceso Monitorio Europeo*, cit. en nota 38, pp. 30-31, 47-50 y 68-73; y Domínguez Ruiz, *Reclamación de Deudas Transfronterizas*, Aranzadi, 2013, pp. 129-130.

67. Cf., en general, Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit. en nota 42, pp. 46-48; y Gascón Inchausti, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización,* Marcial Pons, 2018, pp. 64-66. La noción de «armonización horizontal» proviene de Wagner, «Harmonization of Civil Procedure - Policy Perspectives», en Kramer y Van Rhee (eds.), *Civil litigation in a globalising world* (TMC Asser, 2012), pp. 93–119. Por lo que respecta al caso particular del proceso monitorio europeo, cf. Fabian, *Die Europäische…*, cit. en nota 39, pp. 126-131. Con base en el art. 65 TCE, comparte esta autora los puntos de vista del Consejo y del Parlamento, favorables a limitar el RPME a los asuntos transfronterizos, recogidos en Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, *Documento de Trabajo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo*, 10 enero 2005 (disponible en https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/552/552536/552536es.pdf; acceso 10 agosto 2022). También, cf. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, *Opinión sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo*, 16 junio 2005, enmienda 4 (disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2005-0240_ES.html; acceso 10 agosto 2022), que terminaba reconociendo que la restricción del RPME a asuntos transfronterizos se basa en la necesidad de preservar «el fundamento jurídico del artículo 61, letra c), en relación con el artículo 65 del Tratado UE».

68. Cf. Kormann, *Das neue…*, cit. en nota 42, p. 54; y Crifò, *Cross-border…*, cit. en nota 42, pp. 108 y 115.

69. Planchadell Gargallo, *Reclamación…*, cit. en nota 38, p. 59. También, cf. Comisión Europea, *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tam-*

misma perspectiva político-económica, se ha puesto de manifiesto que el hecho de que el proceso monitorio europeo esté reservado a los asuntos transfronterizos puede generar «distorsiones de la competencia en el mercado interior».[70] Así, por ejemplo, con el foco puesto en las ventajas del proceso monitorio europeo para los acreedores, «dos empresas que compitan en un mismo Estado miembro, de las cuales sólo una esté domiciliada en ese Estado miembro, no estarán en igualdad de condiciones si únicamente la que esté domiciliada en el extranjero puede recurrir a un proceso monitorio europeo eficaz»; y, «de la misma manera, una empresa cuyos clientes residan en su mayoría en el extranjero gozaría de una ventaja considerable al poder acceder a ese proceso, con respecto a una empresa competidora domiciliada en el mismo Estado miembro que desarrollara la mayor parte de su actividad empresarial en el mismo país».[71]

Por otro lado, desde una perspectiva jurídica, las diferencias de trato procesal a acreedores y deudores en los dos procesos monitorios, además de generar una inconveniente complejidad jurídica para los justiciables y los tribunales, no se compadecen bien con el principio constitucional de igualdad. En el terreno pre-contencioso, el principio de igualdad abogaría por la supresión de la desigualdad entre los acreedores que pueden utilizar el proceso monitorio europeo y los que no. Y, ya en el terreno contencioso, parece contrario al principio de igualdad que, dependiendo simplemente del tipo de proceso monitorio que se plantee, una misma reclamación de deuda deba ser admitida o inadmitida, o un mismo escrito de oposición resulte válido o no.[72]

Pues bien, la perplejidad a la que acabamos de referirnos ha suscitado y suscita dudas a los jueces a nivel interpretativo y aplicativo, y en menor medida, también al legislador nacional a nivel legislativo.[73] En España, esas dudas se vienen resolviendo, en general, mediante reformas legislativas y decisiones judiciales que constituyen manifestaciones de una cierta «aproximación» del proceso monitorio de la

---

pere y futuras orientaciones, 2 junio 2004 (disponible en https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2004)401&lang=es; acceso 10 agosto 2022), nota 12, donde se apunta que una «dualidad de regímenes pudiera resultar incoherente con el objetivo de un espacio de justicia único para todos».

70. Ap. 2.2.2 de la Exposición de Motivos de la primera Propuesta de Reglamento de Proceso Monitorio Europeo, cit. en nota 64.

71. *Ibidem*.

72. Cf. Comisión Europea, *Comunicación…*, cit. en nota 69, nota 12, que alertaba de que la existencia «dos regímenes jurídicos distintos, uno para los litigios con incidencias transfronterizas y otro para los litigios de orden interno», podría «plantear problemas de discriminación» y «complicar la legislación restándole la transparencia que tan necesaria resulta para los ciudadanos, los profesionales y las empresas».

73. Y, claro, también ha llamado la atención a la doctrina. Cf., por ejemplo, García Cano, *Estudio…*, cit. en nota 38, pp. 256-257; o Crifò, *Cross-border…*, cit. en nota 42, pp. 108-109.

LEC al proceso monitorio europeo. A este fenómeno nos referimos en el epígrafe siguiente.[74]

4. Aproximación del proceso monitorio de la LEC al proceso monitorio europeo

4.1. La igualdad entre acreedores y entre deudores como inspiración

Las manifestaciones de una cierta aproximación del proceso monitorio de la LEC al proceso monitorio europeo están guiadas, como ya se ha apuntado, por la búsqueda de la igualdad entre acreedores y entre deudores.

Respecto de la igualdad entre acreedores, en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2011, el legislador español explicaba que «el hecho de que algunas normas [del proceso monitorio europeo] sean más ventajosas que las que incluye nuestra legislación obliga a introducir aquellos cambios que confieran el mismo tratamiento procesal a cualquier acreedor, resida en España o en otro país de la Unión Europea»; y, coherentemente, manifestaba su deseo de «equilibrar la posición del acreedor con domicilio en España y el que lo tiene en otro país de la Unión Europea».[75] Y, en la misma línea, existen resoluciones judiciales que manifiestan que «no se puede hacer de peor condición al acreedor nacional que al acreedor comunitario».[76] Cabe añadir que parece evidente que estas reflexiones del legislador y de los tribunales toman la

---

74. Este tipo de perplejidad y de dudas existe también en otros Estados de la Unión Europea donde el proceso monitorio europeo también convive con un proceso monitorio nacional (cf. *infra*, texto a la nota 116). Así, por ejemplo, en Bélgica, donde el proceso monitorio nacional es, como en España, de corte documental, el Tribunal Constitucional tuvo que resolver una cuestión de inconstitucionalidad para dilucidar si era contraria a la Constitución belga la desigualdad generada a los acreedores por el hecho de que el proceso monitorio europeo no exigiera la aportación de un documento para la expedición del requerimiento de pago. Sin demasiado esfuerzo argumentativo, el Alto Tribunal belga se limitó a declarar que esa desigualdad no era contraria a la Constitución porque «la diferencia de trato se debe (…) al carácter transfronterizo o no del litigio» (Sentencia del Tribunal Constitucional de Bélgica 117/2017, de 12 octubre, asunto 6504, FJ B.3.2). Por otro lado, cabe añadir que este tipo de perplejidad y de dudas tiende a existir siempre que la UE introduce un instrumento procesal para asuntos transfronterizos que está llamado a convivir con un instrumento nacional equivalente. Un buen ejemplo de ello son las reformas legislativas en Austria, Bélgica, Francia y Alemania tras la introducción del mecanismo para obtener información sobre cuentas bancarias del Reglamento 655/2014 por el que se establece la Orden Europea de Retención de Cuentas. Veáse, en este sentido, la interesante exposición que, en este mismo volumen, hace Santaló Goris, «Excesos y defectos en la adaptación de la legislación procesal nacional a los estándares europeos: una visión desde la regulación de la Orden Europea de Retención de Cuentas», epígrafe 4.2.

75. Aps. IV y V de la Exposición de Motivos de la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.

76. El entrecomillado puede leerse en diversos Autos de la Sección 1.ª de la AP de Almería (por ejemplo, Auto 301/2018, de 26 de junio, rec. 504/2017, ES:APAL:2018:1546A, FJ 1; Auto 226/2018, de 15 de mayo, rec. 360/2017, ES:APAL:2018:203A, FJ 1; o Auto 417/2017, de 27 de septiembre, rec. 627/2016, ES:APAL:2017:633A, FJ 5).

parte por el todo, en el sentido de que donde comparan a los acreedores que residen en España con los acreedores que residen en otros Estados de la UE, en realidad están comparando a los acreedores que pueden usar el proceso monitorio europeo con los acreedores que no pueden utilizarlo.

En cuanto a la igualdad entre deudores, no existen, salvo error u omisión por nuestra parte, declaraciones generales de intenciones en la legislación o en la jurisprudencia españolas. Sin embargo, que la búsqueda de la igualdad entre deudores también desempeña un papel relevante en las manifestaciones de aproximación del proceso monitorio de la LEC al proceso monitorio europeo es algo que se infiere de alguna reforma legislativa y de algunas resoluciones judiciales, como enseguida se verá. En todo caso, los deudores sí son tenidos encuenta por el apartado 8 del Preámbulo del RPME, que manifiesta su preocupación por garantizar la «igualdad de condiciones en toda la Unión Europea para acreedores *y deudores*».

4.2. Aproximación por vía legislativa

Por la vía legislativa, se ha llevado a cabo una aproximación limitada a dos aspectos muy concretos del proceso monitorio de la LEC, a saber: la cuantía máxima reclamable y la posible reducción de la cantidad reclamada.

En cuanto a la cuantía máxima reclamable, el hecho de que el RPME no prevea ningún límite cuantitativo a la utlización del proceso monitorio europeo fue una de las razones que el legislador tuvo en cuenta para, en primer lugar, elevar el límite cuantitativo del proceso monitorio de la LEC de 30.000 a 250.000 Euros. Decía, en este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009:

> La decisión de aumentar la cuantía de los créditos exigibles mediante el monitorio, continúa la estela de prudencia iniciada por el legislador de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en el sentido de que no se suprime el límite cuantitativo para las pretensiones que se hacen valer por este procedimiento, *aunque no se desconoce que ésta es la línea seguida a nivel europeo, como ocurre con el proceso monitorio europeo, regulado por el Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo* [la cursiva es nuestra].[77]

No llegaron a pasar dos años hasta que el legislador decidió, finalmente, abrazar plenamente el criterio del RPME y eliminar el límite cuantitativo reclamable en el

77. Ap. IV de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

proceso monitorio de la LEC. Dicha eliminación se hizo mediante la Ley 37/2011, cuya Exposición de Motivos explícitamente indicaba que, con la eliminación, el proceso monitorio de la LEC se equiparaba al proceso monitorio europeo.[78]

El otro aspecto en el que se ha producido una aproximación por vía legislativa es el de la posibilidad de que el tribunal recalcule a la baja el importe de la cantidad reclamada y ofrezca al actor la admisión de la petición inicial por la cantidad recalculada. Esta posibilidad se introdujo por la Ley 4/2011 en el proceso monitorio de la LEC (concretamente, en el art. 815.3 LEC) «en línea con lo que se establece para el proceso monitorio europeo» (concretamente, en el art. 10 RPME).[79] Se trata de una reforma que beneficia fundamentalmente al acreedor, en la medida en que posibilita la admisión parcial de la petición inicial sin imponerle la carga de presentar una nueva. Pero cabe verla también, al menos indirectamente, como una medida que busca la igualdad de los deudores, por cuanto que, desde la reforma, éstos se pueden ver beneficiados por el recálculo a la baja realizado por el tribunal tanto en el proceso monitorio europeo como en el proceso monitorio de la LEC.

4.3. Aproximación por vía jurisprudencial

Las manifestaciones de la aproximación del proceso monitorio de la LEC al proceso monitorio europeo son más palpables en la jurisprudencia. Así, son varias las resoluciones de Audiencias Provinciales que, enfrentadas a la necesidad de interpretar la normativa del proceso monitorio de la LEC, buscan un criterio hermenéutico de tipo sistemático en el RPME y terminan dando una solución lo más acorde posible con la solución que habrían dado de ser aplicable el proceso monitorio europeo.

Debe advertirse, no obstante, de que se trata de manifestaciones ocasionales, sin que quepa apreciar una tendencia jurisprudencial uniforme en este sentido. El recurso hermenéutico al RPME para interpretar las reglas del proceso monitorio de la LEC no está, ni mucho menos, generalizado. Tan es así, que no será extraño que, ante una misma duda interpretativa, una Audiencia Provincial se fije en el RPME y alcance una determinada solución y otra Audiencia Provincial descarte acudir a la inspiración del RPME y termine alcanzando una solución diferente —a veces radicalmente diferente—.

---

78. Ap. III de la Exposición de Motivos de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. No obstante, aunque no lo mencionara expresamente la Exposición de Motivos, es más que probable que, para la eliminación del tope de cuantía en el proceso monitorio, el legislador español también tuviera en cuenta las exigencias de la Directiva contra la morosidad en las operaciones comerciales (cf. el inciso «independientemente del importe de la deuda» en el art. 5 Directiva 2000/35/CE, hoy art. 10 Directiva 2011/7/UE).

79. Ap. IV de la Exposición de Motivos de la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.

Aclarado lo anterior, son tres los aspectos del proceso monitorio de la LEC donde algunas Audiencias han operado una aproximación al proceso monitorio europeo por la vía de la interpretación sistemática, a saber: la suficiencia del documento aportado por actor, la suficiencia de las razones dadas por el demando y la eventual vinculación de las partes a las alegaciones realizadas en el proceso monitorio.

En cuanto al primer aspecto (suficiencia del documento), ya hemos mencionado más arriba cómo la estadística judicial sugiere que un gran número de tribunales hace una interpretación muy restrictiva de los arts. 812.1 y 815.1 LEC, de tal manera que muchas de las dudas relativas a si el documento presentado encaja en los supuestos del art. 812 o constituye un «principio de prueba del derecho del peticionario» se resuelven mediante un auto de inadmisión de la petición inicial.[80] En contra de este enfoque restrictivo se alzan algunas resoluciones que, mirando al proceso monitorio europeo —en el que, recuérdese, para la admisión de la petición inicial basta la mera descripción de medios de prueba y no es necesaria la aportación de ningún documento—, concluyen que las dudas sobre el encaje en el art. 812 LEC o sobre la existencia de un principio de prueba deben resolverse a favor de la admisión de la petición inicial. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Almería entiende que las meras fotocopias sí permiten acceder al proceso monitorio;[81] las Audiencias de Asturias, de Madrid y de Murcia han considerado lo mismo respecto de los documentos electrónicos;[82] y, citando a la Audiencia de Madrid, también la Audiencia de Alicante se ha fijado en el RPME para entender suficiente la documentación aportada con una petición inicial de proceso monitorio de la LEC.[83]

Por lo que respecta al segundo aspecto (la suficiencia de las razones dadas por el demandado en su escrito de oposición), llama la atención un caso resuelto por la Audiencia Provincial de Córdoba. En él, el Juzgado de Primera Instancia había inadmitido el escrito de oposición al proceso monitorio por considerar que el breve texto utilizado por el demandado («*Inexistencia de la deuda. Mi representado no debe cantidad alguna al actor, por ningún concepto*») no satisfacía las exigencias de motivación del art. 815.1 LEC. Como consecuencia de dicha inadmisión, pese a haber manisfestado el demandado su voluntad de oponerse al pago, el Juzgado había dispuesto la terminación del proceso monitorio y había dado traslado al actor para que pudiera instar el despacho de la ejecución. Al analizar el recurso de apelación interpuesto por el demandado, la Audiencia de Córdoba se fija en la regulación del proceso monitorio europeo —que, recuérdese, no exige al demanda-

---

80. Cf *supra*, epígrafe 2.5.

81. Autos de la AP Almería citados *supra*, nota 76.

82. AAP Asturias, Sec. 6, 119/2021, de 29 de octubre, rec. 294/2021, ES:APO:2021:1109A, FJ 2; AAP Madrid-Sec. 10 388/2020, de 10 de diciembre, rec. 812/2020, ES:APM:2020:6656A, FJ 3; y AAP Murcia Sec. 5 105/2021, de 1 de junio, 189/2021, ES:APMU:2021:1138A, FJ 1.

83. AAP Alicante, Sec. 4, 211/2021, de 14 de julio, rec. 267/2021, ES:APA:2021:329A, FJ 3.

do motivar su oposición— y, aunque sus palabras literales se limitan a señalar la diferencia de regímenes jurídicos entre la LEC y el RPME, el contexto sugiere que la regulación europea resulta determinante para que el tribunal de apelación llegue a su conclusión esencial, a saber: que la insuficiencia de razones no puede hacer «perder virtualidad a la oposición manifestada» sin que antes se le haya concedido al demandado una oportunidad previa de subsanación. De esta forma, en suma, lo que viene a hacer la Audiencia de Córdoba es interpretar el art. 815.1 LEC de la manera que mejor se compadece con el art. 16.3 RPME, igualando así, en la medida de lo posible, a los demandos en el proceso monitorio de la LEC con los demandados en el proceso monitorio europeo.[84]

Por último, en relación con el tercer aspecto (la vinculación de las partes a las alegaciones formuladas en el proceso monitorio), también se ha dado cuenta más arriba de cómo existe numerosa jurisprudencia que, de manera muy restrictiva y perjudicial para los deudores, entiende que el demandado en un proceso monitorio no puede esgrimir en un proceso declarativo posterior excepciones distintas de las que alegó previamente en su escrito de oposición.[85] Pues bien, dentro de las resoluciones que rechazan este enfoque tan restrictivo, en alguna ocasión se ha invocado el RPME para llegar a la conclusión de que, igual que sucede en el proceso monitorio europeo, las partes (tanto el actor como el demandado) de un proceso monitorio de la LEC son libres de utilizar, en el eventual proceso declarativo posterior, cualesquiera alegaciones que convengan a su derecho, con absoluta independencia de si esas alegaciones se hicieron o no se hicieron valer durante el proceso monitorio.[86]

5. Perspectivas de futuro

5.1. ¿Hacia un único proceso monitorio de corte puro para la reclamación de deudas dinerarias?

En vista de todo lo anterior, cabe concluir que el proceso monitorio de la LEC se encuentra necesitado de una reforma en profundidad que resuelva las deficiencias de que adolece la actual regulación y que, en la medida de lo posible, facilite una igualdad real entre todos los acreedores y entre todos los deudores, sin que el carácter transfronterizo o interno de la deuda suponga una justificación para tratarlos de manera diferenciada.

---

84. AAP Córdoba Sec. 1 392/2020, de 10 de noviembre, rec. 613/2020, ES:APCO:2020:634A, FJ 1.

85. Cf. *supra*, texto a las notas 16-19.

86. SAP Barcelona Sec. 19 240/2018, de 23 de mayo, rec. 698/2016, ES:APB:2018:5392, FJ 3.

Esa reforma no parece que vaya a venir impuesta por la Unión Europea. Ciertamente, en el estado actual de cosas, es razonable pensar que el legislador europeo no tiene ninguna intención de derogar el RPME. Pero también es razonable pensar que ese mismo legislador europeo no tiene ninguna intención de ampliar el ámbito de aplicación del proceso monitorio europeo a los asuntos puramente internos, habida cuenta de la interpretación restrictiva que viene haciendo del art. 81 TFUE, conforme a la cual la cooperación judicial en materia civil debe estar limitada a los asuntos transfronterizos.[87]

Por tanto, la reforma que solucione los problemas que suscita el proceso monitorio de la LEC y provea a una igualdad real entre acreedores y deudores solamente puede venir de la mano del legislador nacional. Y, en este punto, la solución que nos parece más sensata, a la par que sencilla, es que el legislador español modifique los actuales arts. 812-818 de la LEC para que, en esencia, dispongan que el RPME resultará de aplicación tanto a asuntos transfronterizos como a asuntos internos.[88] Asimismo, dado que el RPME se aplica también a las reclamaciones de cantidad derivadas de una relación laboral (pues éstas entran dentro de la noción de «materia civil y mercantil» del art. 2.1 RPME),[89] en aras de la deseable igualdad de acreedores y deudores, sería razonable la reforma del art. 101 LJS, para que todas las reclamaciones de cantidad laborales también tuvieran cabida en el proceso monitorio europeo con independencia de su naturaleza transfronteriza o puramente interna.

Pasaríamos, así, a tener un único procedimiento monitorio de corte puro para reclamaciones de cantidad, que, en contraste con el actual proceso monitorio de la LEC, presentaría las siguientes grandes novedades:[90]

---

87. V. la bibliografía citada *supra* en nota 67.

88. En este sentido, Gascón Inchausti, *Derecho europeo…*, cit. en nota 67, p. 132, sugiere que, siguiendo la estela del RPME, sería razonable «avanzar hacia un proceso monitorio puro, sin necesidad de sustento documental». Asimismo, García Cano, *Estudio…*, cit. en nota 38, pp. 256-257, aboga por que todas las reformas del proceso monitorio de la LEC se inspiren en el RPME y, en particular, por la eliminación de la exigencia de adjuntar a la petición inicial un documento justificativo de la deuda. También, Jiménez Conde, «El proceso monitorio…», cit. en nota 7, p. 112, para quien el proceso monitorio europeo es el «modelo a seguir», al menos en lo que respecta a cómo debería abordarse la reforma de la regulación de la oposición en el proceso monitorio de la LEC.

89. La inclusión de los asuntos relacionados con contratos individuales de trabajo en la noción «europea» de «materia civil y mercantil» se constató por el TJUE hace ya más de cuarenta años (cf. C-25/79, *Sanicentral v Collin*, EU:C:1979:255, § 3). Hoy, se desprende claramente de los arts. 1.1 y 20-23 del Reglamento de Bruselas I bis (Reglamento UE 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil). Y ello explica la mención al «Juzgado de lo Social» en la DF 23.8 LEC, cuando se refiere a los posibles juzgados competentes para el eventual proceso declarativo posterior al proceso monitorio europeo. Recuérdese, no obstante, que las reclamaciones en materia de seguridad social están excluidas de la noción «europea» de «materia civil y mercantil» (cf., entre otros preceptos, los arts. 2.2.c) RPME y 1.2.c) Reglamento de Bruselas I bis).

90. Los particulares fundamentos legales en el RPME y en la jurisprudencia del TJUE que explicarían estas novedades pueden verse *supra*, en el cuadro que se incluye en el epígrafe 3.2 y en las notas a pie relativas a los datos que se relacionan en dicho cuadro.

(i) Respecto del demandante, la eliminación de la carga de justificar la deuda documentalmente y la seguridad de poder reclamar intereses y, en su caso, de tener derecho a un trámite de subsanación de la petición inicial.
(ii) También respecto del demandante, la desaparación de la posibilidad de recurrir en apelación el auto de inadmisión de la petición inicial, si bien sí cabría establecer un peculiar recurso de reposición contra dicho auto que permitiera al actor solicitar al tribunal que reconsiderara su decisión.
(iii) Respecto del tribunal, la simplificación del trámite de admisión de la petición inicial, como consecuencia de no tener ya que valorar la suficiencia del documento aportado.
(iv) Respecto del demandado, la oposición sin necesidad de postulación obligatoria, sin necesidad de dar razones y, en fin, sin atisbo de efectos vinculantes en un eventual proceso declarativo posterior.
(v) Respecto del tribunal y las partes en caso de oposición, la ausencia de una transformación automática del proceso monitorio en juicio verbal, pues para la apertura del proceso declarativo posterior se generalizaría la exigencia de presentar una nueva demanda ante el Juzgado y por el procedimiento que correspondan con arreglo a las reglas generales sobre competencia y procedimiento adecuado, pudiendo entonces el demandado contestar a esa demanda en su integridad y con plenitud de garantías.
(vi) Respecto del tribunal y las partes en general, la aplicación al cómputo de plazos del sistema comunitario, hoy recogido en el Reglamento CEE Euratom 1182/71, conforme al cual los días inhábiles deben incluirse en el cómputo de los plazos fijados por días.

Desde una perspectiva más amplia, con la extensión del proceso monitorio europeo a los asuntos internos, se recuperaría la coherencia interna del proceso monitorio para la reclamación de deudas dinerarias, en la medida en que una petición inicial sin documentación y sin postulación obligatorias es coherente con una oposición sin razones y sin postulación obligatorias.[91] Y, asismismo —y sobre todo—, se volvería a la sencillez procedimental que exige la técnica monitoria, cuya esencia es, como se dijo, conocer de forma ágil y rápida si el demandado va a oponerse al pago.[92]

Finalmente, la reforma que se propone no supondría cambios significativos en un punto importante, a saber: la forma de notificación del requerimiento de pago. Como es sabido, debido a las graves consecuencias que tiene para el demandado la ausencia de oposición (quedar expuesto a la ejecución forzosa), tanto los arts. 13-15 RPME como el vigente art. 815.1,2 LEC exigen que la forma de notificación

91. Cf. *supra*, epígrafe 2.1.

92. Cf. *supra*, epígrafes 1 y 2.2.

garantice la certeza o, al menos, un alto grado de probabilidad de que el requerimiento haya llegado a conocimiento del deudor. Y esta exigencia se mantendría, lógicamente, en una eventual extensión del ámbito del proceso monitorio europeo a los asuntos puramente internos. El único cambio necesario en este terreno sería la prohibición de la notificación edictal en los procesos de propiedad horizontal, actualmente permitida por el art. 815.2 LEC, pero rechazada por el ap. 19 del Preámbulo del RPME. Con todo, podría configurarse un régimen especial de notificaciones para los procesos monitorios de propiedad horizonal que tuviera una eficacia similar a la del vigente art. 815.2 LEC. En este sentido, se podría prever la validez a las notificaciones realizadas por la comisión judicial mediante el «depósito del requerimiento en el buzón» del «domicilio previamente designado por el deudor para las notificaciones y citaciones de toda índole relacionadas con la comunidad de propietarios» o, subsidiariamente, en el buzón o lugar ordinario para el depósito del correo en el piso o local de que se trate (arg. *ex* art. 14.1.c) y 14.3 RPME).

5.2. ¿Un proceso monitorio especial en materia de consumo?

Si, tal y como hemos sugerido, el legislador español se decidiera a dar el paso de extender el ámbito de aplicación del RPME a los asuntos internos, cabría pensar, no obstante, en un terreno donde tendría sentido la subsistencia del modelo de proceso monitorio documental, con la consiguiente atribución al tribunal de mayores potestades de control sobre el contenido del documento en el trámite de admisión de la petición inicial, de cara a aumentar la protección del deudor frente a reclamaciones infundadas o injustas. Ese ámbito es el del Derecho del consumo y, muy especialmente, el de las demandas presentadas por los profesionales o empresas contra los consumidores.[93]

Como es sabido, el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea ha llevado al TJUE declarar, desde hace ya más de veinte años, que los jueces nacionales tienen, en todo caso, la potestad, o incluso el deber, de velar de oficio por que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, de conformidad con lo previsto en el art. 6 de la Directiva 93/13.[94] En la misma línea tuitiva de los consumi-

---

93. Cf. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit. en nota 42, pp. 798-801, quien habla de la existencia de un «Derecho procesal europeo del consumidor».

94. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Salvo error u omisión por nuestra parte, la primera sentencia del TJUE en este sentido es la Sentencia *Océano*, fechada el 27 de junio de 2000 (C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA v Murciano Quintero*, EU:C:2000:346). Después se han dictado muchas otras, por ejemplo, C-168/05, *Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium*, EU:C:2006:675; C40/08, *Asturcom Telecomunicaciones v Rodríguez Nogueira*, EU:C:2009:615; C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing v Schneider*, EU:C:2010:659; C-243/08, *Pannon GSM Zrt. v Sustikné Győrfi*, EU:C:2009:350; C472/11, *Banif Plus Bank v Csipai*, EU:C:2013:88; C397/11, *Jőrös v*

dores, el TJUE también ha declarado que la efectividad de los arts. 10.2, 8 y 23 de la Directiva 2008/48 sobre contratos de crédito al consumo exige que los jueces nacionales comprueben de oficio si se ha producido un incumplimiento de las obligaciones precontractuales del prestamista de informar al consumidor y evaluar su solvencia y que, tras esa comprobación, se deduzcan las consecuencias legales correspondientes.[95] Y, en fin, en materia de garantías de bienes de consumo, el TJUE también ha impuesto a los jueces nacionales el deber aplicar de oficio en favor del consumidor ciertas previsiones de la Directiva sobre garantías de bienes de consumo, en concreto los arts. 3.2 (derecho a la reducción del precio en caso de falta de conformidad) y 5.3 (presunción de que el defecto en un bien de consumo es original si se manifiesta en determinado plazo posterior a la entrega) de la Directiva 1999/44 (hoy, arts. 13.1 y 11 de la Directiva 2019/771).[96]

A la vista de esta jurisprudencia, yendo de lo particular a lo general, cabe concluir que, para el TJUE, cuando se trata de aplicar *cualesquiera normas tuitivas de los consumidores* emanadas de la UE (no solo las relativas a cláusulas abusivas, crédito al consumo o garantías de bienes de consumo, sino también las demás), los jueces nacionales —dentro, eso sí, de los límites del objeto del proceso[97]—, deben erigirse en garantes de la aplicación de esas normas tuitivas, *incluso cuando sus normas procesales nacionales les prohíban tomar en consideración de oficio argumentos jurídicos no invocados por las partes*.[98] Dando un paso más, la conclusión a que

---

Aegon Magyarország Hitel, EU:C:2013:340; C-377/14, *Radlinger y Radlingerová v Finway*, EU:C:2016:283; C-568/14 a C-570/14, *Fernández Oliva y otros v Caixabank y otros*, EU:C:2016:828; C-147/16, *Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen v Kuijpers*, EU:C:2018:320; C-51/17, OTP *Bank y OTP Faktoring v Ilnes y Kiss*, ECLI:EU:C:2018:750; C-407/18, *Kuhar v Addiko Bank*, EU:C:2019:537; C-495/19, *Kancelaria Medius v RN*, EU:C:2020:431; C-725/19, *IO v Impuls Leasing România IFN*, EU:C:2022:396; C-869/19, *L v Unicaja Banco*, EU:C:2022:397 ; C-335/21, *Vicente v Delia*, ECLI:EU:C:2022:720. A este listado deben añadirse las sentencias del TJUE que se citan *infra* en las notas 97, 99, 102 y 103. Sobre esta cuestión, puede verse, en este mismo volumen, Cedeño Hernán, «El principio dispositivo y los poderes del juez en el proceso declarativo: la extensión de la actuación de oficio como cauce para la protección de los consumidores», epígrafe 4.1.

95. Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. Al respecto, el TJUE ha dictado las Sentencias *Radlinger y OPR-Finance* (C-377/14, *Radlinger y Radlingerová v Finway*, EU:C:2016:283; y C-679/18, *OPR-Finance v GK*, EU:C:2020:167). En este ámbito del crédito al consumo, cf. también C-429/05, *Rampion y Godard v Franfinance y K par K*, EU:C:2007:575.

96. 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 (hoy sustituida por la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes). Las sentencias de referencia en este punto son la Sentencia *Duarte Hueros* (C-32/12, *Duarte Hueros v Autociba y Citroën España*, EU:C:2013:637) y la Sentencia *Faber* (C-497/13, *Faber v Autobedrijf Hazet Ochten*, EU:C:2015:357).

97. C-511/17, *Lintner v UniCredit Bank Hungary*, EU:C:2020:188; y el comentario de Pellier, «Précisions relatives à l'office du juge en matière de clauses abusives», *Dalloz Actualité*, 30 marzo 2020, disponible en https://www.dalloz-actualite.fr/flash/precisions-relatives-l-office-du-juge-en-matiere-de-clauses-abusives#results_box (acceso: 10 agosto 2022).

98. Cf. Aubert de Vincelles, «La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droit de la consommation», en Picod (dir.) *Le droit européen de la consommation*, Mare & Martin, 2018, pp. 50-51;

lleva la jurisprudencia del TJUE —devastadora para los sistemas procesales nacionales cuando se trata de litigios en materia de consumo— es que la aplicación de las normas protectoras del consumidor es una suerte de «valor supremo» que puede, y hasta debe, estar *por encima de lo que pudieran disponer las normas y principios procesales nacionales*.

Como era de esperar, la regulación de los procesos monitorios nacionales también se ha visto impactada por este enfoque del TJUE. Veámoslo brevemente:

a) Por un lado, la Sentencia *Banco Español de Crédito* vino a decir que los tribunales que conocen de los procesos monitorios nacionales tienen que poder velar por que la deuda reclamada no se base en una cláusula abusiva, de manera que la ausencia de una norma nacional que permita ese control judicial de oficio es contraria a la efectividad de la Directiva 93/13.[99] Esta Sentencia determinó una reacción del legislador español, que, mediante la Ley 42/2015, introdujo el vigente art. 815.4 LEC, que regula el incidente contradictorio previo de control de cláusulas abusivas;[100] un incidente que, según explicamos *supra*, introdujo una innecesaria complejidad en la regulación del proceso monitorio de la LEC.[101]
b) Por otro lado, las recientes Sentencias *SPV Project* e *Ibercaja Banco* han venido a decir que los demandados consumidores están exentos de la preclusión establecida por las reglas procesales nacionales cuando se trata de impugnar cláusulas abusivas. Concretamente, el TJUE sostiene que, cuando el tribunal no se ha pronunciado de manera expresa sobre la existencia de cláusulas abusivas, la ausencia de oposición a un requerimiento de pago debidamente notificado en el marco de un proceso monitorio nacional no impide al consumidor-demandado hacer valer la existencia de cláusulas abusivas en un proceso posterior, ya sea éste el proceso de ejecución que sigue al proceso monitorio

---

y Fernández Seijo, *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 173 ss.

99. C-618/10, *Banco Español de Crédito v Calderón Camino*, EU:C:2012:349. Otras resoluciones posteriores del TJUE se han manifestado en un sentido similar, aunque matizando que, en determinadas circunstancias (en esencia, cuando la regulación procesal permita la defensa del demandado de manera efectiva), podría ser admisible que el control judicial sobre las cláusulas abusivas tuviera lugar solamente tras la oposición del demandado al requerimiento de pago: C-176/17, *Profi Credit Polska v Wawrzosek*, EU:C:2018:711; C-632/17, *PKO Bank Polski v Michalski*, EU:C:2018:963; y C-448/17, *EOS KSI Slovensko v Danko y Danková*, EU:C:2018:745. Un certero análisis de esta jurisprudencia puede verse en Gómez Amigo, «La doctrina del TJUE en el caso Bondora: ¿hacia el declive del proceso monitorio europeo?», *Práctica de Tribunales*, n.º 144, 2020, ep. III.

100. Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En la Exposición de Motivos de esta Ley se puede leer que «la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil da cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10».

101. Cf. *supra*, texto a la nota 10.

(Sentencia *SPV Project*)[102] o, si la ejecución ya hubiera finalizado y el acreedor hubiera ya cobrado su crédito con cargo al patrimonio del consumidor, un proceso declarativo ordinario dirigido a «obtener la reparación del perjuicio económico causado por la aplicación de dichas cláusulas» (Sentencia *Ibercaja Banco*).[103]

A mayor abundamiento, hay que añadir que la posición absolutamente prevalente que el TJUE ha otorgado a la protección judicial del consumidor trasciende las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho nacional. Y es que, para el Tribunal de Luxemburgo, la potestad, o incluso el deber, de los tribunales de proteger a los consumidores conforme al Derecho comunitario no solo está por encima de cualquier norma procesal nacional sino también por encima de cualquier norma procesal europea, tal y como revela la Sentencia *Bondora*. En esta sentencia, el TJUE, pese a reconocer que el art. 7 RPME no exige la aportación de un documento justificativo de la deuda junto con la petición inicial, concluye que el tribunal nacional que conoce de un proceso monitorio europeo tiene la potestad de reclamar al actor la aportación del contrato firmado por el consumidor-demandado y, consiguientemente, de analizar y emitir una decisión acerca de si dicho contrato contiene o no cláusulas abusivas.[104] El TJUE basa esta conclusión en una interpretación sistemática de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 (que imponen la no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas y la necesidad de proveer medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas) con (i) el citado art. 7 RPME (que, aunque no exige adjuntar un documento, sí exige que la petición inicial incluya una «descripción de las circunstancias» y de «los medios de prueba»), (ii) el Anexo I RPME (que contiene el Formulario A, de petición inicial, en cuyos campos 10 y 11 se alude a la descripción de las pruebas y a la posibilidad de incluir información complementaria), (iii) los arts. 8 y 12 RPME (que exigen al tribunal no emitir el requerimiento de pago si llega a la conclusión de que la petición inicial no «resulta fundada») y (iv) el art. 9 RPME (que permite al tribunal pedir al acreedor

---

102. C-693/19 & C-831/19*, SPV Project y Dobank v YB & Banco di Desio y otros v YX y ZW*, EU:C:2022:395. De algún modo, la Sentencia *SPV Project* tiene como antecedentes la Sentencia *Finanmadrid* (C49/14, *Finanmadrid EFC v Albán Zambrano*, EU:C:2016:98) y el Auto *Aktiv Kapital Portfolio* (C-122/14, *Aktiv Kapital Portfolio v Egea Torregrosa*, EU:C:2016:486).

103. C-600/19, *MA v Ibercaja Banco*, EU:C:2022:394.

104. Como expone Gómez Amigo, «La doctrina…», cit. en nota 99, ep. III y IV, había base en la jurisprudencia del TJUE anterior al caso Bondora para llegar a una conclusión distinta. Y es que, como hemos apuntado *supra*, en la nota 99, las Sentencias *Profi Credit Polska*, *PKO Bank Polski* y *EOS KSI Slovensko* dejaban espacio para que, estando asegurada la defensa del demandado, el control judicial de las eventuales cláusulas abusivas se hiciera depender de la existencia de oposición. El TJUE podría haber aprovechado ese espacio y, analizando la regulación del RPME, haber llegado a la conclusión de que la defensa del consumidor-demandado estaba suficientemente garantizada por el art. 16 RPME y, por ende, no era necesario interpretar que, en el proceso monitorio europeo, el juez debe tener la potestad de reclamar el documento que incluye el contrato en el que se fundamenta la deuda.

que complete o rectifique la información facilitada en la petición inicial).[105] Resta añadir que, por analogía, las potestades que la Sentencia *Bondora* reconoce a los jueces que conocen de procesos monitorios europeos bien podrían extenderse más allá de la aplicación de oficio de la Directiva sobre cláusulas abusivas, para llegar a cubrir todas las normas comunitarias tuitivas de los consumidores.

Obviamente, este trabajo no es el lugar adecuado para valorar el acierto o desacierto de la jurisprudencia del TJUE en materia de protección de los consumidores.[106] Nos corresponde, simplemente, asumir que esa jurisprudencia es la que es y que, en vista de su evolución más reciente (de la cual son un claro exponente las citadas Sentencias *SPV Project* e *Ibercaja Banco*, ambas dictadas por la Gran Sala),[107] el TJUE no tiene mucha intención de revisarla. Y, desde esta perspectiva, cabe pensar que, en materia de reclamaciones formuladas por los profesionales contra los consumidores, no es satisfactorio un modelo de proceso monitorio puro con un control superficial —e, incluso, «automatizado»— del tribunal sobre el fundamento de la petición como el que se desprende de los arts. 7 y 8 RPME.[108]

En tal situación, si finalmente se extendiera el ámbito de aplicación del proceso monitorio europeo a los asuntos puramente internos, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿debería además establecerse un proceso monitorio especial para las reclamaciones formuladas contra los consumidores? Desde luego, el alto nivel de protección judicial de los consumidores exigido por la jurisprudencia del TJUE sugiere que la respuesta debería ser afirmativa.[109] En concreto, se trataría de un

---

105. C-453/18 y C-494/18, *Bondora AS v VC y XY*, EU:C:2019:1118, esp. §§ 47-54. Para un atinado análisis de la Sentencia *Bondora*, cf. Gómez Amigo, «La doctrina…», cit. en nota 99, passim. También, Santaló Goris, «Bondora: another brick in the proceduralization of the consumers' substantive rights», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1187 y ss.

106. Baste aquí decir que compartimos la impresión de Gómez Amigo, «La doctrina…», cit. en nota 99, ep. IV de que «hay algo de exorbitado en la posición del TJUE en defensa de los consumidores», especialmente —añadimos nosotros— cuando se trata de consumidores que actúan en el proceso con asistencia letrada.

107. Cit. *supra*, notas 102 y 103.

108. En este sentido, ya en los trabajos previos a la elaboración de la primera Propuesta de Reglamento, la Comisión Europea se mostraba reticiente a establecer un proceso monitorio «sin examen de la demanda por el órgano jurisdiccional» que pudiera dirigirse frente a un consumidor (*Libro Verde*…, cit. en nota 39, p. 44). En esa misma línea, La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo ha puesto de manifiesto que una automatización plena del proceso monitorio no parece compatible con la jurisprudencia del TJUE sobre protección de los consumidores (cf. *Informe sobre la aplicación del proceso monitorio europeo*, 17 octubre 2016, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0299_ES.html; acceso 10 agosto 2022, Exposición de Motivos ap. «Aspectos jurídicos»).

109. Cf. Gómez Amigo, «La doctrina…», cit. en nota 99, ep. IV, quien da cuenta de que «inevitablemente se han distinguido dos tipos distintos de procesos monitorios: los que se dirigen contra consumidores y los que no se dirigen contra los mismos». Cabría, como alternativa más radical, prohibir el proceso monitorio contra los consumidores, si no totalmente, al menos parcialmente. Una limitación parcial de ese tipo existe en la regulación del proceso monitorio puro vigente en Alemania (cf. § 688(2)1 ZPO alemana, que prohíbe el proceso monitorio para las reclamaciones basadas en contratos de crédito al consumo que superan un determinado tipo de interés) y se ha llegado a proponer para el proceso monitorio europeo (Kormann, *Das neue*…, cit. en

proceso monitorio de corte documental en el que el juez ejercería un control reforzado sobre la apariencia de buen derecho que se desprende del documento aportado y, en especial, controlaría si es posible que el acreedor haya lesionado alguna norma protectora del demandado-consumidor (ejemplo paradigmático: la prohibición de cláusulas abusivas), la cual, de haber sido respetada, habría impedido la reclamación. En todo lo demás, nos parece que este proceso monitorio especial podría perfectamente seguir las reglas del nuevo proceso monitorio «ordinario», incluyéndose la posibilidad de una oposición sin razones, sin postulación obligatoria y sin efectos vinculantes de cara a un eventual proceso declarativo posterior, esto es, la posibilidad para el consumidor de oponerse de manera sencilla y ágil, lo cual está en perfecta sintonía con la filosofía tuitiva de la jurisprudencia del TJUE para con los consumidores.

Con todo, cabe de algún modo entender que la Sentencia *Bondora* ha creado ya ese proceso monitorio especial de los consumidores. A nuestro modo de ver, esta Sentencia supone, a la postre, una enmienda al modelo de proceso monitorio puro del RPME y, muy particularmente, a su artículo 8. Así, la Sentencia *Bondora* viene a exigir que, cuando la demanda de proceso monitorio (ya sea europeo o nacional) se dirige contra un demandado que tiene la condición de consumidor, no procede un control superficial y automatizado del fundamento de la petición inicial, que es el tipo de control que prevén el art. 8 RPME y algunas legislaciones nacionales que, como el RPME, siguen un modelo de proceso monitorio puro.[110] En lugar de ese control superficial, los tribunales deben extremar el celo y realizar un control en profundidad e individualizado del fundamento de la petición, asegurarse de que el demandante ha facilitado toda la documentación necesaria para que el tribunal pueda de oficio velar por el respeto a la normativa comunitaria en materia de protección de los consumidores (como la normativa en materia de cláusulas abusivas, de contratos de crédito al consumo y de garantías de bienes de consumo), examinar esa documentación y, en fin, proveer en función del resultado de ese examen.

Sea como fuere, pese a la existencia de la Sentencia *Bondora*, también por razones de seguridad jurídica —en esta ocasión, relacionadas con la necesidad de facilitar el conocimiento del ordenamiento jurídico—, quizá no estaría de más plasmar ese proceso monitorio especial para demandados-consumidores en un texto legislativo.

---

nota 42, pp. 230-231 y 237). En la misma línea, el proceso monitorio puro vigente en Portugal está vedado para reclamaciones que superen los 15.000 euros, salvo que la deuda provenga de una transacción comercial entre empresas o profesionales (art. 1 Decreto Ley 269/98, de 1 de septiembre, relativo al procedimiento de *injunção*, y art. 7.1 del Decreto Ley 32/2003, de 17 de febrero, relativo a la mora en el pago en transacciones comerciales; cf. también la información general disponible en https://e-justice.europa.eu/41/EN/european_payment_order?PORTUGAL&clang=pt, acceso: 10 de agosto 2022).

110. El tratamiento automatizado del proceso monitorio nacional se hace, por ejemplo, en Alemania y en Austria (§ 689 de la ZPO alemana y §§ 250 y 251 de la ZPO Austriaca). Cf. Kormann, *Das neue*…, cit. en nota 42, pp. 183-189.

Lo ideal sería, a nuestro modo de ver, que se tratara de un texto legislativo emanado de la UE; en particular, que el nuevo proceso monitorio especial en materia de consumo se incluyera en el articulado del RPME. Bastaría, nos parece, con introducir las siguientes tres reglas (todas ellas inspiradas en la Sentencia *Bondora*):

a) En el art. 7 RPME, añadir un apartado adicional en el que se disponga que, en caso de dirigirse la petición contra un consumidor, el actor vendrá obligado a (i) mencionar en la petición inicial si el crédito se fundamenta en un contrato firmado por el consumidor[111] y, si es así, (ii) señalar cuál es la concreta cláusula en que se basa la reclamación,[112] y (iii) adjuntar una copia íntegra del contrato, así como de la documentación acreditativa de que el acreedor ha cumplido con todas las prescripciones legales en materia de protección de los consumidores.[113]
b) En el art. 8 RPME, añadir un segundo párrafo en el que se disponga que, en caso de dirigirse la petición contra un consumidor y estar basada la reclamación en un contrato firmado por dicho consumidor, el examen de si la petición resulta fundada no podrá revestir la forma de un procedimiento automatizado y el tribunal deberá, en todo caso, analizar, sin dar audiencia a ninguna de las partes, si podría haberse lesionado alguna prescripción legal en materia de protección de los consumidores, de manera que, si considera que esa lesión puede haberse producido, (i) inadmitirá la petición inicial cuando la posible lesión afecte a la totalidad de la deuda reclamada; o (ii) procederá conforme al art. 10 cuando la posible lesión afecte solemente a una parte de la deuda reclamada.[114] Nótese que, en aras de mantener la sencillez que debe caracterizar al proceso monitorio, se propone no dar audiencia a las partes y limitar el análisis del juez a determinar si existe la posibilidad de que una norma tuitiva del consumidor-demandado se hubiera lesionado. De esta manera, se quiere destacar que el tribunal que conoce del proceso monitorio no debe promover

111. Exigencia esta que, hasta cierto punto, se contiene ya en el RPME como consecuencia de su art. 6.1 y a la vista del contenido del apartado 6 del Formulario A —el formulario de petición inicial— incluido como Anexo I.

112. Indicación que debería realizarse en el apartado 11 del Formulario A.

113. En este sentido, cf. Santaló Goris, «Bondora...», cit. en nota 105, p. 1198. En la misma línea, cf. Alba Cladera, «Armonización de la técnica monitoria en Europa. El proceso monitorio europeo como punto de partida», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), vol. 12, n.º 2, pp. 1228-1230, quien se decanta por valorar «la transformación del proceso monitorio europeo en *documental*» de cara a facilitar su adaptación a la jurisprudencia del TJUE en materia de protección de los consumidores.

114. El recurso al art. 10 RPME para afrontar las posible existencia de cláusulas abusivas ya fue sugerido por la Comisión Europea, *Informe…*, cit. en nota 62, ep. 3.10. Cf. también Picó I Junoy, «Requiem…», cit. en nota 10, pp. 526-527, para quien el art. 10 RPME (en su versión 'española' reducida, recogida en el vigente art. 815.3 LEC, introducido por la Ley 4/2011) era una solución aceptable para los casos en los que el tribunal apreciara el posible carácter abusivo de la cláusula en la que se fundamentaba la deuda. Este es también el enfoque adoptado en la propuesta de reforma del art. 815 LEC por el «Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia» (BOCG-Congreso-XIV Leg. Núm. 97-1, de 22 de abril de 2022). Esta propuesta de reforma ha sido valorada positivamente por Garberí Llobregat, «Reformas…», cit. en nota 7, ep. II.2.

un debate contradictorio y dictar una resolución sobre si esa norma se lesionó efectivamente. Ese debate contradictorio y esa resolución no son propios de un proceso monitorio, sino de un proceso declarativo ordinario (el cual puede, claro está, ser posterior a un proceso monitorio finalizado por inadmisión de la petición o por oposición del demandado).

c) En el art. 11, añadir un segundo párrafo en el apartado 3, en el que se aclare que, en especial, los pronunciamientos sobre la posible lesión de una prescripción legal en materia de protección de los consumidores que se incluyan en resoluciones de estimación o desestimación de peticiones de requerimientos europeos de pago carecerán de fuerza de cosa juzgada material y no serán vinculantes para los tribunales que conozcan de eventuales procesos posteriores en los que se plantee la lesión de la prescripción legal en cuestión.

Con la inclusión de estas reglas en el RPME, los legisladores nacionales simplemente tendrían que extender el ámbito del aplicación del RPME a todos los asuntos internos para, así, tener un único proceso monitorio «ordinario» y, al mismo tiempo, un único proceso monitorio especial en materia de consumo.

Pero, mientras el legislador europeo prepara esa reforma del RPME, los legisladores nacionales siempre podrían aprobar nuevas normas procesales que hicieran referencia a ese proceso especial para consumidores. Así, en el momento de redactar estas líneas, nuestra propuesta concreta para el legislador español sería que la reforma de los arts. 812-818 LEC no se limitara a ampliar el ámbito de aplicación del RPME a los asuntos puramente internos, sino que, además, introdujera en la LEC las mismas tres reglas especiales para los procesos monitorios en materia de consumo que acaban de sugerirse como reforma del RPME.

5.3. ¿Mejor un proceso monitorio documental reformado para asuntos internos que conviva con el proceso monitorio europeo para asuntos transfronterizos?

La propuesta de extender la aplicación del RPME a los asuntos internos —aun con especialidades en materia de consumo— no resultará, a buen seguro, pacífica. Frente a ella cabe esgrimir objeciones que son, fundamentalmente, de tipo cultural y iuscomparatista.

En cuanto a las objeciones de tipo cultural, parece existir un cierto miedo a que el modelo de proceso monitorio puro sea objeto de abuso por parte de los demandantes españoles, a la par que motivo de abusos para con los demandados españoles. Por un lado, cabe detectar cierto recelo hacia la posibilidad de que surjan «querulantes» o «falsos acreedores» que, animados por la ausencia de una obligación legal de adjuntar un documento justificativo de la deuda reclamada, se lanza-

ran a presentar peticiones de proceso monitorio a diestro y siniestro contra todo tipo de enemigos o deudores ficticios. Por otro lado, también cabe detectar preocupación por una supuesta inhabilidad generalizada de los demandados españoles para comprender el alcance del requerimiento de pago y/o para presentar un formulario de oposición; supuesta inhabilidad que, como consecuencia de la eliminación de un control judicial previo y en profundidad sobre la seriedad de la petición inicial, podría terminar derivando en demasiadas ejecuciones dirigidas contra demandados que, simplemente, carecían del conocimiento y la preparación necesarios para reaccionar adecuamente frente al requerimiento de pago.[115]

En cuanto a las razones de tipo iuscomparatista, hay que señalar que, salvo error u omisión por nuestra parte, ningún Estado Miembro se ha atrevido por el momento a derogar su proceso monitorio nacional a cambio de extender el proceso monitorio europeo a los asuntos internos. Así, en doce Estados Miembros (Bélgica, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Polonia, República Checa, Rumanía y España), el proceso monitorio europeo convive con un proceso monitorio de corte documental, como el de la LEC. En otros once Estados miembros (Alemania, Austria, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Portugal y Suecia), la alternativa al proceso monitorio europeo es un proceso monitorio nacional que, como el europeo, también responde un modelo puro. Y, en fin, en tres Estados Miembros (Chipre, Irlanda y Países Bajos), aunque no existe un proceso monitorio nacional, la sentencia en rebeldía dictada tras la inactividad del demandado puede considerarse la alternativa nacional al proceso monitorio europeo para los asuntos internos.[116] En este escenario europeo, hay que reconocer que produce cierto vértigo ser el primero en dar un paso que no ha dado todavía ninguno de nuestros socios de la UE.

---

115. Estos riesgos no son, claro está, exclusivos de la sociedad española. Así, por ejemplo, al comparar el proceso monitorio europeo con los procesos monitorios alemán y austríaco, Kormann, *Das neue…*, cit. en nota 42, pp. 230-231 y 244, alude a la amenaza de abusos por parte de demandantes deshonestos y apunta la necesidad de dotar de protección suficiente a los demandados frente a ellos.

116. Cf. la información actualizada sobre los procesos monitorios nacionales que está disponible en el e-justice portal (https://e-justice.europa.eu/41/EN/european_payment_order). Para Chipre, cf. los vigentes apartados 3 y 4 de la *Order* 17 de las *Civil Procedure Rules* (Reglas de Procedimiento Civil) y la Μέρος 13 de las nuevas Reglas de Proceso Civil, que entrarán en vigor en septiembre de 2023. Y, para los Países Bajos, cf. el art. 139 del *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (Código de Proceso Civil), aunque, en este país, el vacío que deja el proceso monitorio se cubre frecuentemente por empresas privadas de cobro o por el recurso a medidas provisionales (cf. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit. en nota 42, p. 726). Por otro lado, como puede apreciarse, no se ha mencionado a Dinamarca, que no participa en el RPME (art. 2.3 RPME) y donde los acreedores solo tienen a su disposición el proceso monitorio nacional, que responde a un modelo puro (cf. §§ 477a y ss. de la *Retsplejeloven* - Ley sobre Administración de Justicia). Para una aproximación comparada a los diferentes procesos monitorios nacionales, puede verse Planchadell Gargallo, *Reclamación*…, cit. en nota 38, pp. 43-48. Digno de mención es también el estudio comparado de Rechberger y Kodek (eds.), *Orders for Payment in The European Union*, Kluwer, 2001, *passim*.

Estas razones podrían servir para justificar que, igual que sucede actualmente en doce Estados de la UE, la LEC mantuviera un proceso monitorio documental para los asuntos puramente internos, sin perjuicio de la utilización del proceso monitorio europeo para los asuntos transfronterizos. Esta opción política parece legítima, al menos si se asume que las eventuales desigualdades de trato a los acreedores y los deudores en uno y otro procedimiento pudieran entenderse justificadas formalmente por el consenso entre Estados Miembros de la UE en interpetar restrictivamente el art. 81 TFUE en el sentido de que las competencias de la UE en materia procesal civil no pueden ir más allá de los asuntos transfronterizos.[117]

Sea como fuere, de elegirse esta opción, nos sigue pareciendo imprescindible una reforma del proceso monitorio de la LEC que elimine los problemas e inseguridades que se han descrito más arriba, en el epígrafe 2 de este trabajo. Y, en este punto, dos reformas nos parecerían especialmente urgentes, a saber: (a) la reforma del art. 815 LEC para hacer posible una oposición sin postulación obligatoria, sin necesidad de dar razones y sin efectos vinculantes en eventuales procesos posteriores; y (b) la reforma del art. 818 LEC en el sentido de que, en caso de oposición, para que pueda iniciarse el proceso declarativo posterior sea siempre necesario interponer demanda ante el tribunal y por el procedimiento que correspondan de acuerdo con las reglas generales sobre competencia y procedimiento adecuado, de forma que esa demanda pueda luego ser contestada sin limitaciones y con plenas garantías por el demandado.[118]

6. A modo de conclusión: la generalización del proceso monitorio europeo es la mejor solución

A pesar de todo, nos sigue pareciendo mucho más razonable la opción de extender el ámbito de aplicación del RPME a los asuntos internos, previendo las especialidades señaladas para los casos en que el demandado tenga la condición de consumidor, en los términos explicados *supra* en los epígrafes 5.1 y 5.2.

Por un lado, las objeciones culturales son perfectamente salvables:

---

117. Asunción que ya ha hecho el Tribunal Constitucional de Bélgica en su Sentencia 117/2017, ya citada *supra* en nota 74.

118. Cf., en relación con este último punto, la postura de Jiménez Conde, «El proceso monitorio…», cit. en nota 7, pp. 108-110; y Herrero Perezaguna, «Cinco preguntas…», cit. en nota 4, p. 38. Argumentan estos autores que, después de la reforma de la LEC operada mediante la Ley 42/2015 (por la que, entre otros extremos, el juicio verbal pasó a tener una contestación escrita), lo más razonable sería que la conversión del proceso monitorio en juicio verbal pasara a hacerse igual que la conversión en juicio ordinario, esto es, mediante la interposición de una demanda por el actor (que es, precisamente, el sistema que prevé la DF 23.8 LEC para el proceso monitorio europeo). En el mismo sentido, Garberí Llobregat, «Reformas…», cit. en nota 7, eps. II.3 y III.6.

a) No nos parece que la sustitución del actual proceso monitorio de la LEC por el proceso monitorio europeo fuera a incrementar en gran medida el número de peticiones monitorias fraudulentas. El hecho de que el art. 7 RPME exige al actor describir tanto las circunstancias como la prueba que fundamentan la deuda es un elemento disuasorio para querulantes y falsos acreedores que no dista mucho de la disuasión que sobre ese tipo de personas ejercen los arts. 812.1.2.ª y 814.1 LEC, que permiten al actor aportar documentos creados unilateralmente por él y le exigen hacer una referencia al «origen» de la deuda.[119] En todo caso, los riesgos de peticiones monitorias fraudulentas podrían ser también abordados mediante la aplicación de duras sanciones en caso de petición inicial claramente abusiva, fraudulenta o ilegal. En este punto, la LEC podría establecer sanciones específicas (cf. art. 7.3 RPME) o, en su defecto, podrían aplicarse las sanciones por violación de las reglas de la buena fe procesal (cf. art. 247 LEC).[120] Asimismo, se haría necesaria también una contundente reacción penal cuando se utilice el proceso monitorio como instrumento para cometer un delito de estafa en su modalidad de fraude procesal, aunque fuera en grado de tentativa.[121]

b) En cuanto a los riesgos de una supuesta inhabilidad o falta de preparación de los demandados, no parece irrazonable pensar que este tipo de riesgos no existen para una mayoría de justiciables. Desde luego, cabe excluir esos riesgos cuando el demandado es una persona jurídica, pues la mera existencia de una persona jurídica permite presumir que quienes ostentan su representación son capaces de comprender nociones jurídicas complejas (como la de «persona jurídica») y, por ende, gozan de una formación suficiente como para comprender también lo que es un requerimiento judicial de pago y las eventuales consecuencias de su desatención. En cuanto a las personas físicas, la tasa de alfabetización de España (en torno al 99 %) sugiere que la mayor parte de la ciudadanía española tiene la formación suficiente para poder entender y reac-

---

119. Cf. Correa Delcasso, *El proceso monitorio europeo*, cit. en nota 38, p. 44, quien apunta que la descripción de medios de prueba exigida por el art. 7.2.e) RPME puede verse como un «factor disuasorio» frente a «un uso abusivo de este procedimiento».

120. En cuanto al procedimiento para la imposición de estas sanciones, podría acudirse al procedimiento del art. 247.3 LEC. Dicho procedimiento podría iniciarse por el tribunal cuando el carácter abusivo, fraudulento o ilegal de la petición inicial se desprenda de la propia petición inicial o de las alegaciones y/o pruebas que haya podido aportar el demandado (i) en el escrito de oposición (recuérdese que el art. 16.3 no le obliga al demandado a motivar su oposición, pero tampoco le impide hacerlo si lo estima conveniente); (ii) en la contestación a la demanda de un eventual proceso declarativo posterior al escrito de oposición; o, en fin, si no hubo oposición, (iii) en el escrito instando la revisión del requerimiento de pago (*rectius*, la revisión de la resolución que, conforme al art. 18 RPME, declaró ejecutivo el requerimiento de pago, cuyo equivalente funcional actual en la LEC sería el «decreto dando por terminado el proceso monitorio» previsto en el vigente art. 816.1 LEC).

121. Cf., por ejemplo, los asuntos penales resueltos por la SAP Alicante, Sec. 10, 100/2019, de 14 de marzo, rec. 34/2018, ECLI:ES:APA:2019:4435; o la SAP Asturias, Sec. 3, 155/2021, de 14 de abril, rec. 17/2020, ES:APO:2021:1595.

cionar frente un requerimiento judicial de pago.[122] Los resultados obtenidos por la Comisión Europea en su estudio sobre la aplicación del RPME entre los años 2010 y 2015 parecen avalar esta tesis, pues, «en general, no se han registrado problemas en la oposición al requerimiento de pago europeo» y, además, en un país de cultura similar a la española (Grecia) los demandados no tuvieron problemas para oponerse a más del 50 % de las demandas monitorias europeas.[123] En todo caso, las eventuales carencias de formación de la ciudadanía, o incluso determinadas tendencias culturales de descuido en relación con lo que proviene del poder público, podrían ser contrarrestadas con medidas como (i) la simplificación y clarificación del lenguaje utilizado al notificar el requerimiento de pago (en especial, en las intrucciones que se dan al demandado para oponerse y en la explicación de las consecuencias de la falta de oposición); (ii) el ofrecimiento a los demandados de la posibilidad de acudir a un determinado lugar, telefóno o dirección electrónica para plantear dudas y cuestiones o, incluso, para formular oposición; o, desde una perspectiva más amplia, (iii) la implantación de políticas educativas que incidan en la importancia de prestar la debida atención a los documentos recibidos de autoridades o instancias oficiales.

c) Por lo demás, cabe añadir que si Portugal tiene un proceso monitorio nacional de corte puro, similar al proceso monitorio europeo,[124] no resulta descabellado pensar que España pueda tenerlo también. En este sentido, no parece que la cultura y la formación de la ciudadanía española sean muy distintas de las que tiene la ciudadanía portuguesa, habida cuenta de que se trata de dos países vecinos, con una historia parcialmente común, una lengua similar y una tasa de alfabetización parecida.[125]

Por otro lado, el vértigo que produce ser pionero en extender el proceso monitorio europeo a los asuntos internos no debe verse como un problema sino como una oportunidad. El RPME entró en vigor en diciembre de 2008, en un contexto en el que los Estados Miembros habían restringido el ámbito de aplicación del Reglamento a los asuntos transfronterizos y, por ende, no tenían ninguna intención de prescindir de sus propios procesos monitorios nacionales, que habían de seguir siendo aplicables, al menos, a todos los asuntos puramente internos. Y ésta fue una decisión política tomada por los Estados Miembros muy a conciencia y frontal-

122. Cf. los datos de alfabetización de España disponibles en http://uis.unesco.org/en/country/es (acceso: 10 agosto 2022).

123. Comisión Europea, *Informe…*, cit. en nota 62, ep. 3.7.

124. Cf. art. 10 del Anexo al Decreto Ley 269/98, de 1 de septiembre, relativo al procedimiento de *injunção*, art. 7.1 del Decreto Ley 32/2003, de 17 de febrero, relativo a la mora en el pago en transacciones comerciales, y así como la información general disponible en https://e-justice.europa.eu/41/EN/european_payment_order?PORTUGAL&clang=pt (acceso: 10 de agosto 2022).

125. Cf. los datos de alfabetización de Portugal disponibles en https://uis.unesco.org/en/country/pt (acceso: 10 agosto 2022).

mente en contra del criterio de la Comisión Europea.[126] Con estos antecedentes, resulta hasta cierto punto comprensible que, durante los cerca de catorce años de vigencia del RPME, los Estados Miembros se hayan mantenido fieles a la decisión política que adoptaron y, en consecuencia, no hayan sustituido sus procesos monitorios nacionales por el proceso monitorio europeo.

Sea como fuere, la situación del proceso monitorio nacional hoy no es la que era en diciembre de 2008, al menos en España. En la actualidad, el proceso monitorio de la LEC adolece de graves deficiencias, como hemos intentado demostrar en el epígrafe 2 de este trabajo. Extender las reglas del RPME a los asuntos internos no es ninguna panacea, pues dichas reglas distan de ser perfectas.[127] Pero lo cierto es que la generalización del proceso monitorio europeo solucionaría muchas de las deficiencias de nuestro vigente proceso monitorio nacional. Y, además, solucionaría la desigualdad entre los acreedores y los deudores generada por la convivencia entre el todavía vigente proceso monitorio de la LEC y el proceso monitorio europeo. Quizá la subsistencia de esa desigualdad pueda seguir justificándose por razones formales que entrocan con la interpretación restrictiva del art. 81 TFUE por parte de los Estados Miembros. Pero ello no cambia el hecho de que no existe ninguna justificación material para seguir manteniendo tal desigualdad, tal y como apuntamos en el epígrafe 3.2.

Por todo ello, entendemos que España está en la situación adecuada para dar el primer paso y ser pionera en prescindir de su proceso monitorio nacional y en extender el RPME a los asuntos internos, con las especialidades necesarias para cumplir con la jurisprudencia del TJUE en materia de protección de los consumidores. Se trata, por un lado, de ver «Europa como una oportunidad», es decir, de «reconocer que mucho puede haber de bueno en lo que procede de la Unión Europea y que el respaldo europeo puede ser aprovechado justamente para impulsar cambios a mejor en la legislación nacional».[128] Y, por otro lado, se trata de tener el coraje de aprovechar esa oportunidad, recordando que muchos logros del ser humano no se habrían alcanzado nunca si alguien no se hubiera atrevido a ser el primero.

---

126. Cf. *supra*, texto a las notas 63 a 67.

127. Cf. Alba Cladera, «Armonización…», cit. en nota 113, p. 1242; o las críticas a diversas reglas del articulado del RPME que se han formulado por parte de la doctrina, por ejemplo, por Correa Delcasso, *El proceso monitorio europeo*, cit. en nota 38, *passim*; o García Cano, *Estudio…*, cit. en nota 38, *passim*.

128. Gascón Inchausti, *Derecho europeo…*, cit. en nota 67, p. 131.

7. Bibliografía

Abella López, «Oposición del deudor al proceso monitorio y posterior proceso declarativo: nexos y vinculaciones», Práctica de Tribunales, n.º 111, 2014.

Alba Cladera, «Armonización de la técnica monitoria en Europa. El proceso monitorio europeo como punto de partida», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2020), vol. 12, n.º 2, pp. 1217-1242.

Aubert de Vincelles, «La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droit de la consommation», en Picod (dir.), *Le droit européen de la consommation*, Mare & Martin, 2018, pp. 35-65.

Banacloche Palao, «Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio», *Diario La Ley*, n.º 8137, de 30 de julio de 2013.

Bonet Navarro (José), «La oposición en el proceso monitorio tras la necesaria reforma operada por la ley 42/205, de 5 de octubre», en García-Rostán Calvín y Sigüenza López (dirs.), *El proceso civil ante el reto de nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, 2017, pp. 155-167.

Brachfield, «La eficacia del proceso monitorio en la reclamación de cantidad», *Blog Hay Derecho*, 27 de noviembre de 2019, disponible en https://www.hayderecho.com/2019/11/27/la-eficacia-del-proceso-monetario-en-la-reclamacion-de-cantidad/ (acceso: 10 de agosto de 2022)

— «Análisis del proceso monitorio 2015», p. 19, disponible en https://perebrachfield.com/wp-content/uploads/2015/08/Centro_de_Morosologia_EAE__Analisis_del_proceso_monitorio_2015_-03_08_2015.pdf (acceso 10 agosto 2022)

— «El monitorio fracasa en el recobro de deudas», *Diario Cinco Días*, 7 de septiembre de 2015, disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/09/07/economia/1441649288_659891.html (acceso: 10 agosto 2022)

Calamandrei, «Il procedimento monitorio nella legislazione italiana», en *Opere Giuridiche Vol IX - Esecuzione forzata e procedimenti speciali*, RomaTrePress, 2019, pp. 3-156.

Castillo Felipe, «Sobre la necesidad de motivar 'sucintamente' el escrito de oposición al proceso monitorio», en Murga Fernández y Tomás Tomás (dirs.), *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, Wolters Kluwer, 2014, pp. 293-309.

Cedeño Hernán, «El principio dispositivo y los poderes del juez en el proceso declarativo: la extensión de la actuación de oficio como cauce para la protección de los consumidores», en Gascón Inchausti y Peiteado Mariscal (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil (Hacia un proceso civil convergente con Europa),* Atelier, 2022.

Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, *Documento de Trabajo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo*, 10 enero 2005, disponible

en https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/552/552536/552536es.pdf (acceso 10 agosto 2022).

— *Informe sobre la aplicación del proceso monitorio europeo*, 17 octubre 2016, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0299_ES.html (acceso 10 agosto 2022).

COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Opinión sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo*, 16 junio 2005, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2005-0240_ES.html (acceso 10 agosto 2022).

COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía*, 2002, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0746&from=ES (acceso: 10 agosto 2022).

— *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones*, 2 junio 2004, disponible en https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2004)401&lang=es (acceso 10 agosto 2022).

— *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo*, 13 octubre 2015, disponible en https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2015)495&lang=es (acceso 10 agosto 2022).

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo»*, 2005, disponible en https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:221:0077:0086:ES:PDF (acceso 10 agosto 2022).

— *Dictamen sobre el «Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía»*, 2003, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003AE0742&from=ES (acceso 10 agosto 2022).

CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio europeo*, Marcial Pons, 2008.

— *El proceso monitorio*, Bosch, 1998

CRIFÒ, *Cross-border enforcement of debts in the European Union*, Wolters Kluwer, 2009.

DAMIÁN MORENO, «El impacto del proceso monitorio en tiempo de crisis. Monitorionalismo y panmonitorionalismo», *El Cronista del Estado Social y Democráctico de Derecho*, núm. 44, 2014, pp. 36-43.

DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de Deudas Transfronterizas*, Aranzadi, 2013.

FABIAN, *Die Europäische Mahnverfahrensverordnung im Kontext der Europäisierung des Prozessrechts*, JWV, 2010.

Fernández Seijo, *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Wolters Kluwer, 2017.

Garberí Llobregat, «Reformas que precisa la actual regulación del proceso civil monitorio», *Diario La Ley,* 18 de mayo de 2021.

García Cano, *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Aranzadi, 2008.

Garciandía González, «La incidencia de las actuaciones previas a la demanda en el proceso subsiguiente: práctica de diligencias, adopción de medidas y celebración de juicio monitorio con oposición del deudor», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52, 2020, disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422817&d=1 (acceso: 10 agosto 2022).

Gascón Inchausti, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización,* Marcial Pons, 2018.

Gómez Amigo, «La doctrina del TJUE en el caso Bondora: ¿hacia el declive del proceso monitorio europeo?», *Práctica de Tribunales*, n.º 144, 2020.

— «La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre», *Práctica de Tribunales*, n.º 126, 2017.

— *El Proceso Monitorio Europeo*, Aranzadi, 2008.

González Cano, *El proceso monitorio europeo*, Tirant lo Blanch, 2008.

Jiménez Conde, «El proceso monitorio tras las reformas de 2015», en García-Rostán Calvín y Sigüenza López (dirs.), *El proceso civil ante el reto de nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, 2017, pp. 103-115.

Herrero Perezagua, «Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 45, 2018, disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=420192 (acceso: 10 agosto 2022).

— «El cambio de modelo del juicio verbal», en García-Rostán Calvín y Sigüenza López (dirs.), *El proceso civil ante el reto de nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, 2017, pp. 43-101.

Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2.ª edic, De Gruyter, 2021.

Kormann, *Das neue Europäische Mahnverfahren im Vergleich zu den Mahnverfahren in Deutschland und* Österreich, JWV, 2007.

Landín Díaz de Corcuera, «La oposición a la reclamación por procedimiento monitorio tras la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Eventual equiparación del escrito de oposición a una contestación a la demanda», *Revista Consumo y Empresa*, núm. 5, 2017, pp. 1-14.

López Sánchez, *La regulación del proceso monitorio y su aplicación por los tribunales*, La Ley, 2019.

Picó i Junoy, «Requiem por el proceso monitorio», *Justicia*, núm. 2, 2015, pp. 523-528.

— «Nuevas perspectivas sobre la debida armonización del proceso monitorio y el posterior juicio ordinario», *Justicia* 2013-1, pp. 43-106.

Mora Capitán, «El proceso monitorio europeo. Primeras reflexiones sobre el Reglamento (CE) n.º 1896/2006, de 12 de diciembre», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 13, 2007.

MORENO BLESA, «El proceso monitorio europeo: El Reglamento 1896/2006», en Otero García-Castrillón (dir.), *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, 2020, pp. 87-110.

ONŢANU, *Cross-Border Debt Recovery in the EU. A Comparative and Empirical Study on the Use of the European Uniform Procedures*, Intersentia, 2017.

ORRIOLS GARCÍA, «El lastimoso juicio verbal derivado del monitorio. Denuncia de la nefasta reforma introducida por Ley 42/2015», *Diario La Ley*, n.º 8746, de 21 de abril de 2016.

PELLIER, «Précisions relatives à l'office du juge en matière de clauses abusives», *Dalloz Actualité*, 30 marzo 2020, disponible en https://www.dalloz-actualite.fr/flash/precisions-relatives-l-office-du-juge-en-matiere-de-clauses-abusives#results_box (acceso: 10 agosto 2022).

PÉREZ RAGONE, «En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales», *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIX, n.º 1, 2006, pp. 205-235, disponible en http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v19n1/art09.pdf (acceso: 10 agosto 2022).

PILLADO GONZÁLEZ, «Problemática del juicio monitorio tras la Ley 42/2015, de 5 de noviembre de modificación de la LEC», *Práctica de Tribunales*, núm. 127, junio-julio 2017.

PLANCHADELL GARGALLO, *Reclamación de créditos en la Unión Europea: El proceso monitorio europeo*, Tirant lo Blanch, 2021.

PORTILLO, «Los intereses en el proceso monitorio. Cuestiones prácticas a la hora de reclamarlos», *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm 29, 2017, pp. 139-144.

RECHBERGER Y KODEK, *Orders for Payment in The European Union*, Kluwer, 2001.

SANTALÓ GORIS, «Excesos y defectos en la adaptación de la legislación procesal nacional a los estándares europeos: una visión desde la regulación de la Orden Europea de Retención de Cuentas», en GASCÓN INCHAUSTI y PEITEADO MARISCAL (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil (Hacia un proceso civil convergente con Europa)*, Atelier, 2022.

— «Bondora: another brick in the proceduralization of the consumers' substantive rights», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1187-1198.

VALLINES GARCÍA, «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 LEC», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Ramón Areces, 2016, pp. 3171-3195.

ZARZUELO DESCALZO, «La oposición en el procedimiento monitorio tras la reforma de la LEC de octubre de 2015», *Diario La Ley*, núm. 8845, de 18 de octubre de 2016.

Capítulo 14 | La protección de la información confidencial: Una visión desde la aplicación privada del Derecho de la competencia*

*Lena Hornkohl***

1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES: EXHIBICIÓN VERSUS CONFIDENCIALIDAD: 2.1. Asimetría de la información y exhibición de fuentes de prueba en la aplicación privada del Derecho de la competencia; 2.2. Información confidencial implícita en la exhibición de fuentes de prueba; 2.3. Un conflicto de derechos. 3. LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL CONFORME A LA DIRECTIVA DE DAÑOS: 3.1. Diversas disposiciones de la Directiva de daños que protegen en parte la información confidencial; 3.2. Proporcionalidad e información confidencial; 3.2.1. *Test de proporcionalidad en materia de confidencialidad*; 3.2.2. *¿Medidas efectivas en la Directiva de daños?* 4. LAS «MEDIDAS EFICACES» Y LA COMUNICACIÓN DEL 2020 SOBRE CONFIDENCIALIDAD: 4.1. Naturaleza de la Comunicación; 4.2. Ámbito de aplicación; 4.3. Definición; 4.4. Medidas de protección; 4.4.1. *Censura*; 4.4.2. *Anillos de confidencialidad*; 4.4.3. *Nombramiento de peritos*; 4.4.4. *Protección adicional durante y después del procedimiento*. 4.5. Análisis 5. GENERALIZACIÓN Y CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA.

---

* Trabajo traducido del inglés al español por Guillermo Schumann Barragán, doctor en Derecho y profesor ayudante de Derecho procesal en la Universidad Complutense de Madrid.

** La Dra. Lena Hornkohl, LL.M. (Colegio de Europa) es profesora *tenure-track* de Derecho europeo en la Universidad de Viena. Este artículo se basa en su tesis doctoral y monografía, Lena Hornkohl, *Geschäftsgeheimnisschutz im Kartellschadensersatzprozess. Die Offenlegung von Beweismitteln und der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Kartellschadensersatzrecht nach Umsetzung der artellschadensersatzrichtlinie*, Mohr Siebeck 2021. Entre sus publicaciones anteriores sobre este tema figuran: Lena Hornkohl, The protection of confidential information during the disclosure of evidence according to the Damages Directive, *E.C.L.R.* 41(2020), 107 *et seq*.; Lena Hornkohl, Die neue Mitteilung der EU-Kommission über den Schutz vertraulicher Informationen in Kartellschadensersatzklagen und ihre Anwendung im deutschen Recht, *EuZW* 2020, 957 *et seq*.; Lena Hornkohl and Edmund James Melzer, Prozessualer Geheimnisschutz im Kartellschadensersatzrecht nach der 10. GWB-Novelle - eine Novelle ohne Novellierung, *NZKart* 2021 214 *et seq*. Esta ponencia se presentó en el seminario «Procedimiento civil y Derecho europeo: ¿Cumple el proceso civil español con las exigencias y normas europeas?» celebrado en la Universidad Complutense de Madrid los días 31 de mayo y 1 de junio de. 2022. La autora agradece a Guillermo Schumann la traducción de esta ponencia al español y a Paula Luz Y Graf así como a Anne-Catherine Kern, estudiantes asistentes del Instituto Max Planck de Derecho Procesal en Luxemburgo por su ayuda editorial

1. Introducción

La aplicación privada del Derecho de la competencia a través de los tribunales nacionales cada vez adquiere más importancia. La Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo 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[1] (en adelante, la Directiva de daños) establece por primera vez en Europa un mecanismo de acceso a las fuentes de prueba en las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia que los Estados miembros deben transponer a su ordenamiento jurídico interno. Si bien la exhibición de las fuentes de prueba es necesaria debido a la asimetría de la información que existe en estos casos, a menudo los documentos que deben exhibirse contienen información confidencial, especialmente secretos empresariales.

Los Estados miembros carecen en gran medida de un sistema general de exhibición de fuentes de prueba y, por ello, no están familiarizados con esta herramienta, ni con la correspondiente protección de la información confidencial que implica. Por ello, el 20 de julio de 2020 la Comisión Europea adoptó una Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia[2] (Comunicación sobre confidencialidad). Este artículo analiza la protección de la confidencialidad conforme a la Directiva de daños, las medidas de protección propuestas en la Comunicación (por ejemplo, la censura, los anillos de confidencialidad, el uso de expertos o las audiencias a puerta cerrada), algunas medidas de transposición que han adoptado los Estados miembros y su posible aplicación al resto del Derecho procesal civil.

2. Antecedentes: exhibición versus confidencialidad

2.1. Asimetría de la información y exhibición de fuentes de prueba en la aplicación privada del Derecho de la competencia

En la aplicación privada del Derecho de la competencia, existe una inherente asimetría de información.[3] La carga de la prueba justifica que existan mecanismos

1. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo 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 (Directiva de daños).

2. Véase la Comunicación de la Comisión sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE 2020/C 242/01 (Comunicación sobre confidencialidad).

3. Considerando 15 de la Directiva de daños.

para acceder a las fuentes de prueba. El demandante soporta la carga de la prueba de la infracción, la culpabilidad del demandado y, lo que es más importante, el daño causado y su respectiva cuantificación.[4] Esto requiere un análisis exhaustivo de los hechos y de las relaciones económicas, en particular, para cuantificar los daños causados, donde a menudo deben reconstruirse modelos económicos y de mercado.[5]

Las fuentes de prueba necesarias están en manos del demandado o de un tercero y son desconocidas o inaccesibles para el demandante.[6] Los comunicados de prensa y las decisiones publicadas por las autoridades de la competencia son muy breves y no contienen mucha información útil. El acceso a los expedientes administrativos está restringido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.[7] Además, las autoridades de la competencia no suelen calcular el importe de los daños y perjuicios.[8] Otros medios para facilitar la carga de la prueba son también inadecuados. El artículo 9 de la Directiva de daños establece que las decisiones de las autoridades de la competencia deben ser vinculantes en lo que respecta a la infracción. Sin embargo, el importe de los daños y perjuicios no está cubierto por dicho efecto vinculante.[9] Según el apartado 2 del artículo 17 de la Directiva de daños, se presume que los cárteles causan un daño, pero esto no abarca infracciones del Derecho de la competencia distintas de los cárteles y el cálculo de la cuantía de los daños y perjuicios no está incluido en la presunción.[10] A pesar de esto, el artículo 17(1) de la Directiva de daños permite una estimación del daño. Sin embargo, la parte perjudicada debe probar en todo caso determinados hechos que permitan la estimación.[11] Esto también puede conllevar considerables dificultades, dependiendo del tamaño del mercado afectado o cuando se ven afectados productos complejos cuyos precios no son fácilmente determinables.[12]

---

4. Constantin Willems, 'Kein Durchgang durch die 'Doppeltür'?' [2015] *W.R.P.* 819.

5. Véase 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] DO C167/19, apartado 3.

6. Considerando 15 de la Directiva de daños.

7. Véase, por ejemplo, ECJ, Case C-365/12 P *European Commission v EnBW Energie Baden-Württemberg AG* [2014] ECLI:EU:C:2014:112.

8. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión —Resumen de la evaluación de impacto— Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, SEC (2008) 404 [2008] párrafo 104.

9. Véase ECJ, Case C-199/11 *Europese Gemeenschap v Otis NV* (C-199/11) [2012] ECLI:EU:C:2012:684 at [65].

10. Véase Lena Hornkohl, 'The Presumption of Harm in EU Private Enforcement of Competition Law - Effectiveness vs Overenforcement' [2021] *ECLIC* 29 *et seq*.

11. Albrecht Bach and Christoph Wolf, 'Neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht - Zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung' [2017] *NZKart* 287.

12. ibid.

Estas dificultades prácticas, unidas a la asimetría de la información existente, podrían poner en peligro los derechos y las garantías fundamentales de las partes. La plena eficacia y aplicación efectiva del Derecho europeo de la competencia se ve amenazada si los demandantes se abstienen de ejercitar acciones porque la carga de la prueba hace prácticamente imposible la prueba de sus alegaciones o porque se carece de la capacidad económica para sostener sus pretensiones judiciales.[13] La función tuitiva del Derecho de la competencia exige que este sea tutelado y realizado ante los tribunales.[14] Además, el principio de igualdad de armas y el derecho a la tutela judicial efectiva difícilmente pueden garantizarse en estos casos de asimetrías de información entre las partes.[15]

Por ello, el capítulo 2 de la Directiva de daños garantiza a los demandantes el derecho a obtener la exhibición de fuentes de prueba, ya que las pruebas indispensables están en manos de la parte que no tiene la carga de la prueba o no es parte en el procedimiento. Sin la exhibición de estas fuentes de prueba, las partes son en su mayoría incapaces de alegar y probar los hechos fundamentales de los que depende la estimación de la demanda. Conforme a los artículos 5 y 6 de la Directiva de daños, los demandantes que hayan presentado una solicitud razonada explicando los hechos que alegan y las pruebas de las que pueden disponer para apoyar su pretensión judicial, pueden solicitar la exhibición de las pruebas pertinentes a los demandados, a los terceros y a las autoridades de la competencia; y ello sin que sea necesario que concreten las específicas fuentes de prueba cuya exhibición requieren. El principio de igualdad de armas otorga los mismos derechos a los demandados para que obtengan los medios necesarios para defenderse.[16] La Directiva de daños también prevé el acceso a fuentes de prueba en situaciones especiales, como en el caso de las acciones ejercitadas por los compradores indirectos[17] o en la defensa basada en la repercusión de sobrecostes.[18]

---

13. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión —Informe de evaluación de impacto— Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia (SWD(2013) 203 final) [2013] párrafos 106 y siguientes.

14. Daniele Calisti, Luke Haasbeek and Filip Kubik, 'The Directive on Antitrust Damages Actions: Towards a stronger competition culture in Europe, founded on the combined power of public and private enforcement of the EU competition rules' [2014] *NZKart* 467.

15. Arianna Andreangeli, 'Competition litigation in the EU and the UK after the 2014 Antitrust damages Directive' [2015] 35 *CJQ* 342.

16. Considerando 15 de la Directiva de daños.

17. Considerando 14 de la Directiva de daños.

18. Considerando 13 de la Directiva de daños.

2.2. Información confidencial implícita en la exhibición de fuentes de prueba

Es probable que los documentos que deben exhibirse contengan información confidencial, en especial secretos empresariales. Tal y como exigen el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) y los principios generales del Derecho de la UE, la información confidencial debe protegerse.[19] Esta información puede ser muy valiosa para las empresas.[20] Desde una perspectiva utilitarista, la protección de los secretos empresariales es un valioso incentivo para la innovación.[21] Si los secretos empresariales pudieran divulgarse, se produciría un fallo en el mercado, ya que no habría ningún incentivo para la innovación debido a la falta de rentabilidad en la inversión. La protección de la información confidencial, especialmente de los secretos empresariales, es por tanto relevante para la propia competencia. Por lo tanto, el Derecho de la competencia exige que la información relevante para el mercado no se comparta con los competidores.[22]

Sin embargo, en los procedimientos de exhibición de fuentes de prueba, el material necesario para la cuantificación de la cuantía de los daños suele estar compuesto por información confidencial, especialmente por secretos empresariales. Por ejemplo, dependiendo del modelo utilizado, los datos de las transacciones comerciales como el precio de compra y la cantidad o los cálculos de precios internos, así como otra información sobre las políticas empresariales, son necesarios para determinar el daño sufrido.[23] Además de los secretos empresariales, la información protegida por el deber de secreto profesional, datos personales o los documentos internos de los expedientes tramitados por las autoridades de la competencia podrían verse afectados por la exhibición de fuentes de prueba.

La información confidencial podría estar en manos de las partes, en manos de terceros o de las autoridades de la competencia.[24] En cuanto a esto último, los documentos relativos a un programa de clemencia o transacción podrían ser especial-

---

19. Véase, por ejemplo, el art. 8 del CEDH.

20. Considerando 1 de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, [2016] DO L157/1 (Directiva sobre secretos comerciales).

21. Michael Risch, 'Why Do We Have Trade Secrets?' [2007] 11 *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 26.

22. ECJ, Case C-194/99 P *Thyssen Stahl AG v Commission of the European Communities* [2003] ECLI:EU:C:2003:527.

23. Véase la Guía práctica sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE, SWD(2013) 205 [2013].

24. Considerando 15 de la Directiva de daños.

mente valiosos en las acciones por daños.[25] Este es el caso, en particular, de las pruebas que debe conllevar una solicitud de clemencia o transacción.[26]

2.3. Un conflicto de derechos

En consecuencia, se hace patente que existe un conflicto. Mientras que la exhibición de las pruebas es indispensable para la aplicación efectiva del Derecho de la competencia, esta información a menudo contiene información confidencial. En cuanto a los secretos empresariales, ambas posturas se basan esencialmente en el mismo interés: la protección de la propia competencia. Así, los mismos intereses chocan desde diferentes puntos de vista. Esto es especialmente problemático porque los demandantes, los demandados u otros terceros en la litigación derivada de las acciones por daños a menudo compiten entre sí. Existe el temor legítimo de que las acciones por daños solo se ejerciten para obtener secretos empresariales u otra información confidencial de los competidores.[27] Por ello, debe garantizarse la protección de la información confidencial durante los procedimientos en los que se ejerciten acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia.

3. La protección de la información confidencial conforme a la directiva de daños

3.1. Diversas disposiciones de la Directiva de daños que protegen en parte la información confidencial

La Directiva de daños es consciente de este problema y contiene varias disposiciones que protegen en parte la información confidencial dentro y fuera de la fase de acceso a fuentes de prueba.

Las condiciones establecidas en los artículos 5(1) y (3) de la Directiva de daños sirven parcialmente para proteger la información confidencial, aunque esta no era la intención principal del legislador. Los distintos requisitos que deben cumplirse para acceder a las fuentes de prueba en poder de la otra parte, restringen el acceso a los documentos confidenciales; y esto, a su vez, diferencia el sistema de exhibición de fuentes de prueba europeo de las «*fishing expeditions*» del ordenamiento estadounidense.[28]

---

25. Véase el artículo 6(6) de la Directiva de daños.

26. Véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel [2006] DO C298/17, párrafo 9(b).

27. ECJ, Case C-450/06 *Varec SA v Belgian State* ECLI:EU:C:2008:91 [2008] at [40].

28. Calisti, Haasbeek and Kubik (n 14).

Los artículos 5 a 8 de la Directiva de daños incluyen varias excepciones a la exhibición de fuentes de prueba con información confidencial. El artículo 5(6) de la Directiva de daños excluye el acceso a los documentos protegidos por el deber de confidencialidad de los abogados. El artículo 6(3) de la Directiva de daños impide el acceso a los documentos internos de las autoridades de la competencia y la correspondencia entre ellas.[29] Y es que los documentos que se utilizan durante la aplicación pública del Derecho de la competencia pueden contener información confidencial necesaria e importante para las propias investigaciones. De acuerdo con el artículo 6(5) de la Directiva de daños, esta información no puede ser revelada antes de que se cierre el procedimiento.

Las declaraciones hechas como consecuencia de un programa de clemencia y los acuerdos de transacción no pueden divulgarse nunca, de acuerdo con el artículo 6(6) de la Directiva de daños. Esta disposición, que es problemática en sí misma, no puede discutirse en detalle aquí, ya que la confidencialidad no es el núcleo de esta disposición. El artículo 6(6) de la Directiva de daños tiene más bien por objeto la protección del propio sistema de clemencia y transacción.[30] Aunque otras fuentes de pruebas incorporadas a las solicitudes de clemencia o de transacción a la autoridad pública pueden contener información confidencial, estas pruebas no entran dentro de la excepción del artículo 6(6) de la Directiva de daños. Las solicitudes de clemencia o de transacción en sí mismas solo consisten en una descripción de un cártel y del papel de la empresa en el mismo.[31] La protección de esta información es limitada porque no es confidencial en sí misma, sino que se mantiene en secreto sólo porque revela una infracción del Derecho de la competencia.[32]

3.2. Proporcionalidad e información confidencial

La letra c) del apartado 3 y el apartado 4 del artículo 5 de la Directiva de daños contienen aspectos fundamentales relativos a la confidencialidad y, en particular, a los secretos empresariales. Estas dos disposiciones constituyen un sistema interconectado de protección de la información confidencial y, al mismo tiempo, permiten el acceso a estas fuentes de prueba.

---

29. Véase el apartado 2 del artículo 27 del Reglamento (CE) Nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado [2003] DO L1/1.

30. Considerando 26 de la Directiva de daños.

31. Artículos 2(16) y (18) de la Directiva de daños.

32. Véase ECJ, Case C-365/12 P *European Commission v EnBW Energie Baden-Württemberg AG* ECLI:EU:C:2014:112 [2014] [97].

3.2.1. *Test de proporcionalidad en materia de confidencialidad*

La letra c) del apartado 3 del artículo 5 de la Directiva de daños determina que, en el marco del test de proporcionalidad que debe realizarse, debe tenerse especialmente en cuenta si las fuentes de prueba que se van a revelar contienen información confidencial y qué precauciones se toman para proteger esta información. Por lo tanto, no se excluye *per se* la exhibición de documentos que contienen información confidencial, sino que es necesaria una evaluación caso por caso.[33] Durante la valoración judicial de la proporcionalidad deben tomarse en consideración numerosos criterios. Cada fuente de prueba debe ser examinada de oficio para detectar información confidencial. Además, entre las cuestiones que deben valorarse se encuentran la naturaleza y el valor de la reclamación por daños y perjuicios, el grado de relevancia que tiene la prueba, la probabilidad de que se estime la acción, el alcance de la exhibición y el valor de la información confidencial.[34]

Como primer paso del test de proporcionalidad, debe evaluarse si la información confidencial puede revelarse. El test de proporcionalidad puede suponer que no se permita la divulgación porque los intereses que protege la confidencialidad prevalecen.[35] Sin embargo, de acuerdo con la Directiva de daños, este debería ser el resultado solo en casos excepcionales, ya que el derecho de los perjudicados a la indemnización debe seguir siendo efectivo en la práctica.[36]

El segundo paso del test de proporcionalidad tiene que ver con el artículo 5(4) de la Directiva de daños, que prevé como regla general que la información confidencial relevante debe revelarse, pero es responsabilidad de los Estados miembros adoptar medidas eficaces para proteger dicha información. Esta parte del test de proporcionalidad se refiere a los medios de exhibición. La exhibición sin ninguna medida de protección será excepcional y se llevará a cabo como *ultima ratio* cuando, por ejemplo, no haya ninguna otra prueba. Como norma general, el acceso a las fuentes de prueba solo debería concederse con medidas efectivas para proteger dicha información.[37]

---

33. Christian Vollrath, 'Das Maßnahmenpaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzrecht' [2013] *NZKart* 434.

34. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, SEC(2008) 404 [2008] párrafo 116.

35. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, SEC(2008) 404 [2008] párrafo 116.

36. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, SEC(2008) 404 [2008] párrafo 116.

37. Calisti, Haasbeek and Kubik (n 14).

3.2.2. *¿Medidas efectivas en la Directiva de daños?*

En lo que respecta a las medidas efectivas, la propia Directiva de daños no ofrece demasiadas orientaciones a los Estados miembros. Según el artículo 5, apartado 4, de la Directiva de daños, las medidas deben ser eficaces. La elección y el diseño del sistema quedan a discreción de los Estados miembros.

La Directiva ofrece algunas orientaciones en el considerando 18. El considerando dice que «los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener a su disposición una serie de medidas para evitar que dichos datos confidenciales sean divulgados durante el procedimiento. Entre esas medidas puede incluirse la posibilidad de disociar los pasajes sensibles en los documentos, realizar audiencias a puerta cerrada, restringir el círculo de personas a las que se permite examinar las pruebas, y encargar a expertos la producción de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial». Sin embargo, estas sugerencias de medidas de protección no se definen con más detalle en la Directiva de daños. Los considerandos tampoco son vinculantes para los Estados miembros y solo sirven como un instrumento de interpretación de las disposiciones de la Directiva.[38]

La protección de la información confidencial se deja a la discreción de los Estados miembros que, sin embargo, no tienen experiencia en la exhibición de fuentes de prueba ni en la protección asociada de la información confidencial. Entretanto, los Estados miembros han optado por enfoques distintos. Estados miembros como Austria[39], España[40] o Portugal[41] han establecido una lista de posibles medidas de protección en sus legislaciones nacionales. Sin embargo, varios Estados miembros, como Francia[42] o Alemania[43], han creado cláusulas generales que dejan la protección de la información confidencial a la discreción de los tribunales nacionales. Este último enfoque podría sobrecargar a los tribunales de los Estados miembros inexpertos, que no pueden recurrir a la experiencia en la materia. Además, esto no crea seguridad jurídica para las partes, que de este modo serán más reacias a ejercitar acciones por daños, ya que temen que su información confidencial no esté protegida de manera suficiente.

---

38. Véase, por ejemplo, Christopher Huber, 'Wortlaut und „Wille des Gesetzgebers« im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung. Zu den nationalen contra-legem-Grenzen bei der richtlinienkonformen Interpretation beurteilt anhand der Entscheidung Cookie-Einwilligung II des BGH vom 28.05.2020, I ZR 7/16' *EuR* [2022] 696 *et seq*.

39. Sección 37j(6) de la *Kartellgesetz*.

40. Artículo 283 b) (5) de la Ley 1/2000.

41. Artículo 12(7) de la *Lei* no. 23/2018.

42. Artículo R-483-10 *Décret* no. 2018-305.

43. Sección 89b(7) de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*.

4. Las «medidas eficaces» y la comunicación del 2020 sobre confidencialidad

Con el objetivo de crear una cierta estandarización de las medidas de protección de la confidencialidad a nivel europeo y de orientar a los Estados miembros y a sus tribunales, la Comisión Europea tenía la intención de adoptar una comunicación cuanto antes. Sin embargo, hubo que esperar hasta 2019 para que se publicara un primer borrador de la Comunicación sobre confidencialidad con la posibilidad de presentar comentarios.[44] El 20 de julio del 2020 se hizo pública la versión final de la Comunicación sobre confidencialidad, que contiene propuestas concretas y detalladas.

4.1. Naturaleza de la Comunicación

La Comunicación sobre confidencialidad está dirigida a los tribunales nacionales de los Estados miembros. Sin embargo, no es un instrumento jurídicamente vinculante.[45] La legislación vigente de la UE y de los Estados miembros no se ve afectada formalmente.[46] La Comunicación sirve simplemente de sugerencia y orientación para los tribunales nacionales y pretende señalarles posibles medidas a adoptar.[47] La Comunicación afirma explícitamente que los medios que se indican en ella deben estar «disponibles en el marco de las normas nacionales» y deben ser compatibles con el Derecho europeo y, sobre todo, con el Derecho (procesal) nacional.[48] Así pues, la Comunicación no sólo se dirige a los tribunales nacionales, sino también a los órganos legislativos de los Estados miembros, que pueden tener que crear las medidas propuestas en la Comunicación. Desde este punto de vista, hubiera sido deseable y útil para los Estados miembros, que han adoptado modelos distintos para proteger la información confidencial, que la Comisión presentara la Comunicación o documentos de apoyo antes de que expiraran los plazos de transposición a finales del 2016.

En general, la vía elegida por la Comisión de crear un instrumento no vinculante es bienvenida, y ello en la medida en que protege la autonomía procesal de los Estados miembros. Debido a la falta de experiencia por parte de los Estados miembros en ma-

---

44. Draft Communication from the Commission on adopting guidance for national courts when handling disclosure of confidential information, available at https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_private_enforcement/en.pdf. Consultado el 23 de junio del 2022.

45. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 8.

46. En sentido crítico, Benedikt Freund, 'Zur Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten an nationale Gerichte - Anmerkungen zum Mitteilungsentwurf über den Schutz vertraulicher Informationen' [2019] *GRUR Int* 1161.

47. Comunicación sobre confidencialidad, párrafos 7, 8.

48. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 8.

teria de acceso a fuentes de prueba y protección de la información confidencial asociada a ella, la Comunicación tendrá, no obstante, un gran impacto y podría conducir *de facto* a una aproximación de las legislaciones procesales de los Estados miembros. Los Estados miembros con cláusulas generales sobre la protección de la confidencialidad recurrirán cada vez más a los medios de la Comunicación como herramienta interpretativa. Incluso los Estados miembros que ya cuentan con medidas de protección concretas pueden utilizar la Comunicación como herramienta de interpretación adicional, ya que los ordenamientos de los Estados miembros a menudo solo contienen una lista de los medios de protección y ninguna otra explicación.

4.2. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la Comunicación sobre confidencialidad va más allá del artículo 5(4) de la Directiva sobre daños, que solo es aplicable en el contexto del acceso a fuentes de prueba. La Comunicación sobre confidencialidad es aplicable en general en la aplicación privada del Derecho de la competencia y «la protección de la información confidencial en los procedimientos civiles ante los tribunales nacionales relativos a la aplicación de los artículos 101 o 102 del TFUE».[49] Las acciones de resarcimiento por los daños y perjuicios solo se mencionan a modo de ejemplo, pero también se hace una referencia explícita a las acciones declarativas y de cesación.[50]

4.3. Definición

La Comunicación sobre confidencialidad no ofrece una definición de información confidencial que sea aplicable de forma general.[51] La sección sobre «información confidencial» solo pretende ser una orientación, pero la determinación final se hace «de acuerdo con las normas nacionales y de la UE y la jurisprudencia pertinente», que se enumera en determinadas notas al pie de página de la Comunicación.[52] Aunque este enfoque podría ser necesario debido a la autonomía procesal de los Estados miembros, puede dar lugar a inseguridad jurídica en las transacciones comerciales transfronterizas. Ciertamente este enfoque favorece un *forum shopping* que la Directiva de daños debería evitar.[53] La falta de una definición de qué es informa-

49. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 1.

50. Comunicación sobre confidencialidad, párrafos 2, 6, 11, 16.

51. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 19.

52. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 18.

53. Wolfgang Wurmnest, 'Forum Shopping bei Kartellschadensersatzklagen und die Kartellschadensersatzrichtlinie' [2019] *NZKart* 2.

ción confidencial es especialmente problemática porque la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (Directiva de secretos comerciales) se adoptó después de la Directiva de daños y antes de que la Comunicación sobre confidencialidad contenga dicha definición.[54]

4.4. Medidas de protección

El núcleo de la Comunicación sobre confidencialidad consiste en la descripción detallada de los medios concretos para proteger la información confidencial. Esta lista no es exhaustiva.[55] En cuanto al contenido, la Comunicación se inspira en la experiencia sobre confidencialidad en la aplicación pública del Derecho de la competencia.[56] Según la Comunicación, es principalmente el tribunal, pero también las partes, quienes son responsables de la protección de la confidencialidad.[57] En la elección de los medios de protección y su aplicación, la Comunicación prevé que se adopten decisiones caso por caso con base en un test de proporcionalidad.[58]

4.4.1. *Censura*

La Comunicación describe en primer lugar el proceso de censura de la información confidencial.[59] En general, la censura significa la ocultación de la información confidencial de las fuentes de prueba. La Comunicación sobre confidencialidad explica si la información puede ser censurada y cómo llevarla a cabo.

La censura de las fuentes de prueba viene determinada por el grado, la naturaleza y la medida en que sea absolutamente necesaria para la protección de la información confidencial. Puede ser suficiente que solo se censuren los nombres de los clientes o las cantidades de entrega, pero la información confidencial también puede ser sustituida por datos y cifras anónimos o agregados, así como por resúmenes confidenciales.[60] En cuanto a estos últimos, los datos o las cifras de mercado pue-

54. Art. 2 (1) de la Directiva sobre secretos comerciales.

55. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 35.

56. Véase la Orientación sobre las solicitudes de confidencialidad durante los procedimientos antimonopolio de la Comisión, disponible en <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/business_secrets_en.pdf> consultado el 23 de junio del 2022 y la DG Competition informal guidance paper on confidentiality claims, disponible en <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/guidance_en.pdf> consultado el 23 de junio del 2022.

57. Véase, por ejemplo, Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 58.

58. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 32.

59. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 36.

60. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 39.

den ser sustituidos por rangos representativos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la versión no confidencial debe seguir siendo comprensible y utilizable a efectos probatorios. En caso de que sean las cifras concretas las que se necesiten para calcular un daño concreto, los rangos o resúmenes no suelen ser útiles.

Como regla general, no se permite censurar páginas enteras que hagan su contenido irreconocible, a menos que la información no sea relevante para la resolución del caso. En general, si la información confidencial es relevante para el enjuiciamiento, la ocultación de la información relevante solo es posible si se puede denegar la exhibición del documento en sí.[61] Es indiferente que se exhiba un documento completo o solo su parte importante. Dado que la ponderación de los casos individuales a través del artículo 5(4) de la Directiva de daños solo puede conducir a una denegación de la exhibición en casos excepcionales, lo mismo se aplica a la exhibición de las secciones relevantes que contienen la información confidencial.

En la medida en que los pasajes de los documentos que son irrelevantes para el caso contengan información confidencial, es posible una censura.[62] Sin embargo, incluso en el caso de pasajes irrelevantes para la decisión, las censuras solo son permisibles y razonables hasta cierto punto. Si el resto del documento ya no puede descifrarse y comprenderse, la censura no cumple el objetivo de garantizar un equilibrio entre la exhibición de la fuente de prueba y la protección de la información confidencial.[63]

Además, la Comunicación señala que el factor coste-beneficio debe valorarse cuando se censura un gran número de documentos.[64] En este contexto, hay que tener en cuenta los documentos confidenciales de terceros. Por otro lado, en el contexto de los anillos de confidencialidad —que se analizan en la siguiente sección— las censuras pueden ser eficaces procesalmente en el caso de un pequeño número de documentos confidenciales.[65] Por lo demás, las censuras son especialmente útiles porque los documentos redactados pueden seguir utilizándose a lo largo del procedimiento sin necesidad de protección adicional.

Por último, la Comunicación sobre confidencialidad ofrece algunas sugerencias sobre cómo llevar a cabo eficazmente la censura, por ejemplo, los medios técnicos que pueden utilizarse, como los corchetes codificados por colores, y al hacerlo se

61. Sobre los derechos de propiedad intelectual, BGH [2002] NJW-RR 1119.

62. Sobre los derechos de propiedad intelectual, BGH [2002] NJW-RR 1119.

63. En Derecho inglés, *Shah v HSBC Private-Bank (UK) Ltd* [2011] EWCA Civ 1154.

64. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 42.

65. Comunicación sobre confidencialidad, párrafos 43, 44.

basa en los métodos que se utilizan en la práctica en el marco del control de concentraciones para evitar el «*gun-jumping*».[66]

4.4.2. *Anillos de confidencialidad*

El núcleo de la Comunicación sobre confidencialidad es la propuesta sobre los anillos de confidencialidad.[67] En los anillos de confidencialidad la información confidencial sólo es accesible para determinadas personas o grupos. Los anillos de confidencialidad, que ya se han convertido en una práctica consolidada en la aplicación privada del Derecho de la competencia en el Reino Unido, son, dependiendo de su composición, eficaces para garantizar la protección de la información confidencial, por una parte, pero también para permitir el acceso a esta información y, por lo tanto, la aplicación efectiva de la Directiva de daños.[68]

La Comunicación determina cuándo debe establecerse un anillo de confidencialidad y cómo debe diseñarse. Ambas decisiones se dejan claramente en manos del tribunal nacional.[69]

a) Establecimiento de un anillo de confidencialidad

No solo hay que determinar si se establece un anillo de confidencialidad, sino también si se incluyen determinados documentos en él. La Comunicación prevé tres criterios. En primer lugar, los anillos de confidencialidad deben aplicarse a los datos cuantitativos, especialmente a los datos estratégicos y relevantes para la toma de decisiones.[70] Estos suelen ser difíciles de resumir o agregar sin perder su valor probatorio. La información que es necesaria para calcular un daño concreto o un sobrecoste repercutido entrarían en esta categoría.

En segundo lugar, la Comunicación sobre confidencialidad se centra en la economía procesal y la eficiencia de costes, especialmente comparando esta medida con la censura.[71] Sin embargo, los anillos de confidencialidad, dependiendo de su configuración, también podrían acelerar la duración de los procedimientos y provocar costes elevados. Por lo tanto, todas estas cuestiones deben tenerse en cuenta en el momento de decidir si debe establecerse un anillo de confidencialidad. El tipo y el alcance de las fuentes de prueba reveladas en el anillo de confidencialidad

66. Véase en detalle la Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 47.
67. Comunicación sobre confidencialidad, párrafos 55 ss.
68. Véase *Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated and Others* [1241/5/7/15 (T)].
69. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 57.
70. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 52.
71. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 53.

y la cuestión de si deben prepararse, no obstante, versiones no confidenciales de los documentos, así como el problema asociado a si esta duplicación de la protección de la confidencialidad contribuye a la economía procesal y a la eficiencia de los costes, también deben tenerse en cuenta al llevar a cabo el correspondiente test de proporcionalidad.

Por razones de eficacia, también es de agradecer que la Comunicación, al abordar la cuestión de la admisibilidad de los círculos de confidencialidad, se refiera en tercer lugar a la posibilidad de que puedan organizarse electrónicamente.[72] El avance de la digitalización y el creciente desarrollo de programas informáticos desempeñarán aquí un papel importante. En este sentido, la Comunicación está en sintonía con los tiempos que corren.

b) Composición del anillo de confidencialidad

La Comunicación sobre confidencialidad entra en detalle sobre la composición del anillo de confidencialidad. Retoma el punto ya tratado sobre qué información y documentos deben incluirse en el anillo de confidencialidad y en qué forma.[73] En este sentido, debe tomarse una decisión teniendo en cuenta el tipo y el alcance de las fuentes de prueba que deben divulgarse en el anillo de confidencialidad y la cuestión de si deben prepararse, en cualquier caso, versiones no confidenciales de los documentos. Esto último se tiene en cuenta, en particular, en caso de que los documentos vayan a presentarse como prueba más adelante en el juicio.

La cuestión de quién puede participar en el anillo de confidencialidad es decisiva y depende de las circunstancias de cada caso, por lo que no solo son importantes circunstancias como la calidad de los documentos que se van a divulgar y la cantidad de personas, sino sobre todo la calidad o la forma de las personas a las que se concede el acceso. Es sensato diferenciar según las características generales y prever distintos diseños de los anillos de confidencialidad. La Comunicación sugiere, en particular, que los conformen asesores externos o representantes internos de la empresa a distintos niveles.[74] En el caso de documentos muy sensibles, y en la medida en que exista una relación de competencia entre las partes, se debería recurrir a asesores externos para que formen parte del anillo de confidencialidad.[75] Se hace hincapié en los asesores jurídicos externos, pero también en otras personas, como los auditores, en función de los conocimientos que tengan. De este

72. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 54.

73. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 58.

74. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 61.

75. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 64.

modo, solo tendrán acceso a los documentos confidenciales aquellas personas que no participen en el proceso de toma de decisiones dentro de la empresa.

Los asesores jurídicos externos son los integrantes preferentes en el anillo de confidencialidad. Permitirles que formen parte del anillo de confidencialidad, al menos indirectamente, permite a las partes participar en el proceso.[76] Esto mantendría su derecho de defensa y preserva el principio de proporcionalidad. Dentro de ciertos límites, el abogado también puede informar a su cliente, siempre que no revele la información confidencial, por ejemplo, a través de un informe general.

Los asesores financieros, los auditores y otros expertos pueden incluirse en el anillo de confidencialidad, especialmente si los documentos son especialmente técnicos y no pueden ser entendidos por un asesor jurídico externo.[77] Es aconsejable admitir siempre a los asesores jurídicos externos además de los expertos para preservar la mencionada participación de las partes en el proceso.

Siempre que se mantenga el grado de confidencialidad, los propios representantes de la empresa también pueden participar en el anillo de confidencialidad.[78] En este contexto, los abogados internos también podrían formar parte de él. Sin embargo, dado que los abogados internos pueden participar en la toma de decisiones estratégicas de la empresa, la revelación de información sensible en litigios entre competidores solo debería realizarse a asesores externos.

El acceso de otros representantes de la empresa también es posible en el caso de información menos sensible, por ejemplo, si se trata de conocimientos muy técnicos o específicos del sector.[79] Sin embargo, también habría que garantizar aquí que estos empleados no participen en la toma de decisiones estratégicas en la empresa.[80] En este contexto, la Comunicación sobre confidencialidad no aborda la posibilidad de utilizar los llamados «equipos limpios» (*clean teams*). En los equipos limpios, la información confidencial solo se revela a empleados de la empresa especialmente seleccionados, a quienes se les prohíbe, mediante acuerdos de confidencialidad, transmitir la información.[81] De este modo, se crea una «muralla

---

76. Entre otros, Sandra Sophia Redeker, Sascha Pres and Corin Gittinger, 'Einheitlicher Geheimnisschutz in Europa' *WRP* [2015] 812, 818; Kritisch Michael Dietrich and Christiane Nowak, 'Die Vorschläge der EU-Kommission zum Schutz vertraulicher Informationen in Kartellschadensersatzklagen - ein Aufruf an den Ge- setzgeber zum Handeln' *NZKart* [2020] 15, 18.

77. Véase Judith Sawang, *Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht*, (Mohr Siebeck, 2010) 333.

78. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 67.

79. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 66.

80. Véase, Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 78.

81. Marc Besen and Achim Gronemeyer, 'Kartellrechtliche Risiken bei Unternehmenskäufen -Informationsaustausch und Clean Team' [2009] *CCZ* 70.

china» dentro de la empresa.[82] Sin embargo, incluso este mecanismo debe utilizarse con precaución. En una empresa, por las dependencias y los locales en los que trabaja el personal, la divulgación de la información, ya sea intencionada o por negligencia, es más probable.

Para mantener la igualdad de armas entre las partes, los grupos de personas que tienen acceso al anillo de confidencialidad deben ser adecuados.[83] A este respecto, la Comunicación prevé que los diferentes grupos de personas puedan tener diferentes tipos de derechos de acceso en función de su condición y de la calidad de la información. En particular, se prevé la posibilidad de crear diferentes niveles, es decir, un anillo interno y otro externo con diferentes niveles de seguridad.[84]

Además, la Comunicación explica detalladamente qué otras garantías deben adoptarse.[85] En particular, se hacen propuestas sobre la forma de los documentos (en la que se tiene que dar prioridad a la exhibición electrónica), las prohibiciones de copia, la duración, los lugares, etc. La obligación de confidencialidad es la más importante. Los miembros del anillo de confidencialidad están sujetos a una obligación de confidencialidad, que también restringe el uso de los documentos más allá de los procedimientos por daños del cártel. Además, los anillos de confidencialidad deben continuar durante el procedimiento judicial.[86]

4.4.3. *Nombramiento de peritos*

Como medida adicional, la Comunicación sobre confidencialidad prevé que un perito designado por el tribunal tenga acceso a los documentos confidenciales.[87] En cuanto a las demás normas aplicables a los peritos, la Comunicación se inspira en los anillos de confidencialidad. Sin embargo, se observa que aquí las sanciones, a diferencia de los anillos de confidencialidad, tienen especial importancia.[88]

El uso de peritos como intermediarios de la exhibición de las fuentes de prueba es problemático. En este caso, la exhibición solo se hace a un tercero neutral que

---

82. Se habla de «muralla china» cuando se toman medidas organizativas para proteger la información confidencial de forma que no esté disponible ni directa ni indirectamente para determinadas personas, véase Matthias Kilian, 'Die Globalisierung der Rechtsberatung - Interessenkonflikte und Chinese Walls' [2000] *WM* 1373 *et seq*.

83. Comunicación sobre confidencialidad, párrafos 70-74.

84. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 71.

85. Comunicación sobre confidencialidad, párrafos 75 – 85.

86. Michael Dietrich and Christine Nowak, 'Die Vorschläge der EU-Kommission zum Schutz vertraulicher Informationen in Kartellschadensersatzklagen - ein Aufruf an den Gesetzgeber zum Handeln' [2020] *NZKart* 18.

87. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 86.

88. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 93.

luego expone en el dictamen pericial sus conclusiones fácticas y jurídicas.[89] El tribunal basa su decisión en este dictamen sin examinar las pruebas por sí mismo. Esta práctica indirecta de la prueba no solo es problemática en lo que respecta al derecho de defensa de las partes, sino que, sobre todo, viola el principio de la libre valoración de la prueba por parte del tribunal.[90]

Sin embargo, la Comunicación sobre confidencialidad también prevé el uso de los peritos como personal de apoyo en cuestiones específicas y no como intermediarios en la valoración de la prueba. Según la Comunicación, los peritos deben prestar apoyo en el anillo de confidencialidad a través de sus conocimientos especializados en el caso de que existan datos comerciales muy sensibles o técnicos, por lo que pueden preparar resúmenes no confidenciales.[91] Los expertos también pueden evaluar cuándo algo es confidencial sobre la base de sus conocimientos especializados.

4.4.4. *Protección adicional durante y después del procedimiento*

La información confidencial también debe protegerse en los procedimientos de daños más allá del mero acceso a fuentes de prueba. Por lo tanto, los siguientes mecanismos de protección adicionales sugeridos por la Comunicación sobre confidencialidad deberían aplicarse también fuera de la fase de exhibición de fuentes de prueba. Como garantías adicionales, la Comunicación prevé la redacción confidencial de los escritos de alegaciones de las partes, la exclusión del público y la restricción tanto de las notificaciones a las partes como de la publicación de las resoluciones judiciales y del acceso a los expedientes judiciales.[92]

La mayoría de las leyes procesales civiles de los Estados miembros ya tienen normas sobre la exclusión del público en circunstancias específicas.[93] Sin embargo, por lo que se refiere a la exclusión de la publicidad para la protección de información confidencial, debe valorarse si una referencia general a los escritos de alegaciones de las partes podría ser suficiente, haciendo que una exclusión del público sea innecesaria.

Además, la Comunicación prevé que la notificación de la sentencia a las partes proteja la información confidencial, y ello sin vulnerar su derecho a los recursos

89. Mary-Rose McGuire, 'Know-how: Stiefkind, Störenfried oder Sorgenkind?' [2015] *GRUR* 430.

90. Astrid Stadler, 'Geheimschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht' [2010] *ZZP* 273.

91. Comunicación sobre confidencialidad, párrafos 87 *et seq*.

92. Comunicación sobre confidencialidad, párrafos 98 *et. seq*.

93. Véase, por ejemplo, la sección 172(2) *GVG.*

legalmente establecidos.[94] En particular, sería aconsejable enviar solo una versión no confidencial a las partes y la sentencia completa a sus asesores jurídicos externos, sometidos a concretas obligaciones de confidencialidad. En consecuencia, se mantendría la posibilidad de seguir interponiendo el recurso ordinario o extraordinario que corresponda.

En general, la Comunicación presta especial atención a la duración de la protección de la confidencialidad.[95] Los documentos confidenciales pueden perder su valor confidencial con el tiempo. Sin embargo, la necesidad de proteger la información confidencial también podría ponerse de manifiesto después de la primera instancia, por ejemplo, durante el procedimiento de apelación.[96] Por ello, la Comunicación también se refiere explícitamente a una exclusión limitada en el tiempo del acceso a los expedientes judiciales.[97]

4.5. Análisis

Con la Comunicación, la Comisión ha creado en principio un marco detallado sobre la protección de la información confidencial, que potencialmente puede ser aplicada más allá de las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia.

A pesar de su falta de fuerza vinculante, en la práctica la Comunicación supondrá una cierta aproximación de las distintas legislaciones nacionales debido a la falta de experiencia de los Estados miembros en esta materia. No obstante, los Estados miembros siguen teniendo suficiente margen para establecer particularidades, lo que en cierta medida permite la búsqueda de un foro de conveniencia. Este «*forum shopping*» se ve facilitado por el hecho de que algunas disposiciones de la Comunicación también requieren de mayor concreción, tal como se ha dicho. Dado que los Estados miembros tienen poca experiencia con la exhibición de fuentes de prueba, también habría sido deseable una Comunicación más completa sobre esta materia. La protección de la confidencialidad ya difiere entre las jurisdicciones, como demuestran las medidas de transposición señaladas anteriormente.

---

94. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 100.

95. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 22.

96. En virtud de la Comunicación sobre la confidencialidad, «la información que era confidencial, pero que data de hace cinco años o más, debe considerarse histórica, salvo que de forma excepcional el solicitante demuestre que sigue constituyendo un elemento esencial de su posición comercial o de la de un tercero», párrafo 22, nota 24.

97. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 110.

Sin embargo, hay que destacar positivamente que la Comunicación sobre confidencialidad se basa decisivamente en la proporcionalidad y en la evaluación caso por caso para decidir los medios de protección adecuados. No existe un modelo de protección de la confidencialidad que pueda aplicarse en todos los casos. Más bien hay que proceder conforme a las circunstancias concurrentes y, si es necesario, combinar como sugiere la Comunicación varios medios.

La Comunicación sigue presentando algunas lagunas. Mientras que la Comunicación destaca las sanciones posibles por el uso indebido y la negativa a llevar a cabo la exhibición de fuentes de prueba según el artículo 8 de la Directiva sobre daños[98], la Comunicación solo insinúa las sanciones aplicables por el incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad.[99] Lamentablemente, la Comunicación no va más allá de la Directiva de daños. Sin embargo, como reconoce la propia Comunicación, las sanciones dependen de la legislación nacional.[100] La Comunicación, al igual que la Directiva, no puede servir como base jurídica para imponer sanciones penales o profesionales que requieren de una previsión legal en el ordenamiento nacional. Por lo tanto, ulteriores desarrollos en esta materia dependen del legislador nacional.

Al igual que la propia Directiva sobre daños, la Comunicación sobre confidencialidad no regula los costes asociados a la protección de la confidencialidad. Los costes de la protección de la confidencialidad y los gastos adicionales asociados se mencionan simplemente como un factor que hay que tener en cuenta[101] o se hace referencia a los limitados recursos que tienen los tribunales nacionales.[102] Habría sido deseable contar con unas directrices más claras en este sentido, sobre todo porque la divulgación por sí sola, pero sobre todo la protección de la confidencialidad, implican un esfuerzo y unos costes considerables.

5. Generalización y conclusión

Con la Comunicación sobre confidencialidad, la Comisión ha creado un marco detallado sobre la protección de la confidencialidad en el proceso, que potencialmente puede aplicarse más allá de las acciones por infracciones del Derecho de la competencia. Junto a las normas establecidas en los artículos 6 y 9 de la Directiva

98. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 33.

99. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 93.

100. De la misma manera, en lo que respecta a las normas de propiedad intelectual, Astrid Stadler, 'Geheimschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht' [2010] *ZZP* 281.

101. Comunicación sobre confidencialidad, párrafo 32.

102. Comunicación sobre confidencialidad, párrafos 6, 42.

sobre secretos empresariales, la Comunicación prevé las únicas normas que existen a nivel comunitario sobre la protección de la información confidencial en el procedimiento civil. Aunque los artículos 6 y 9 de la Directiva sobre secretos comerciales y la Comunicación sobre confidencialidad difieren en cuanto a los detalles, en principio varios de los mecanismos propuestos coinciden, como las audiencias a puerta cerrada.

Este enfoque sobre la protección de la confidencialidad es cuestionable, especialmente dado el aumento de normas que contemplan la exhibición de fuentes de prueba en otras directivas. La Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (Directiva sobre propiedad intelectual)[103] o la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre acciones de representación)[104], por ejemplo, contienen obligaciones de exhibición de pruebas. En lo que respecta a estas obligaciones de exhibición, la Comunicación sobre confidencialidad podría servir al menos como fuente de inspiración, en particular para que los tribunales de los Estados miembros apliquen las cláusulas generales incorporadas en su legislación nacional que exigen un equilibrio entre la exhibición de pruebas y la protección de la información confidencial.[105]

Más allá de las obligaciones que derivan del Derecho europeo de incluir normas sobre exhibición de fuentes de prueba en el Derecho procesal civil nacional para estas materias concretas, la mayoría de los Estados miembros no tienen un sistema general de acceso a fuentes de prueba. Las normas sobre acceso a fuentes de prueba, por ejemplo, para las acciones por daños han sido creadas específicamente para la aplicación privada del Derecho de la competencia y son, en principio, intransferibles en general a cualquier otro proceso civil. Sin embargo, el creciente número de normas sobre exhibición de fuentes de prueba en las nuevas directivas de la UE podría consolidar una regla general de exhibición en el Derecho procesal civil de la UE basado en el principio de eficacia (*effet utile*).[106] Sin embargo, la consolidación de tal principio general en el ordenamiento comunitario todavía requiere de más investigación.

---

103. Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual [2004] DO L 157/ 32.

104. Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE [2020] DO L 409/1.

105. Véase, por ejemplo, el art. 6 y 7(1) Directiva 2004/48/CE.

106. En relación con el ordenamiento alemán, véase Lena Hornkohl 'Überwindung von ungewissen Sachverhalten - Ist die Zeit reif für eine allgemeine Offenlegung von Beweismitteln im deutschen Zivilprozess?' [2021] *GVRZ* 17.

La protección de la información confidencial es relevante más allá de la fase de acceso a fuentes de prueba. La Directiva sobre secretos comerciales lo demuestra, en la medida en que tales obligaciones de confidencialidad previstas en la correspondiente Directiva son aplicables durante todo el procedimiento.[107] Además, la propia Comunicación sobre confidencialidad es de aplicación general para los procesos en los que se ejerciten acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. En la medida en que las sugerencias de la Comunicación no son específicas para el Derecho de la competencia, los tribunales civiles nacionales podrían encontrar en la Comunicación un modelo extrapolable para litigios sobre otras materias. La Comunicación podría servir especialmente como fuente de inspiración en ausencia de normas procesales civiles nacionales para la protección de la información confidencial.

En general, la falta de un instrumento vinculante para la protección de la confidencialidad aplicable a cualquier procedimiento civil podría dar lugar a considerables divergencias entre los Estados miembros y a la búsqueda de un foro de conveniencia. Especialmente dada la creciente europeización de las normas procesales civiles nacionales, la Comisión podría adoptar directrices o principios generales para la protección de la confidencialidad en toda la UE. Los instrumentos vinculantes podrían ser problemáticos dada la falta de un título competencial general para legislar en materia procesal por parte de la UE. Sin embargo, dado que la Unión Europea incluye a menudo normas procesales cuando armoniza el Derecho sustantivo, en particular en el ámbito del derecho de la responsabilidad extracontractual, como lo demuestran la Directiva sobre daños o la Directiva sobre propiedad intelectual, cada vez es más importante una mayor armonización también de las correspondientes normas procesales. Mientras tanto, la Comunicación sobre la confidencialidad puede servir de inspiración para los tribunales de los a menudo despistados Estados miembros.

6. Bibliografía

ANDREANGELI, A., 'Competition litigation in the EU and the UK after the 2014 Antitrust damages Directive' [2015] 35 *CJQ*.

BACH, A., WOLF, C., 'Neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht - Zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung' [2017] *NZKart*.

BESEN, M., GRONEMEYER, A., 'Kartellrechtliche Risiken bei Unternehmenskäufen -Informationsaustausch und Clean Team' [2009] *CCZ*.

CALISTI, D., HAASBEEK, L., KUBIK, F., 'The Directive on Antitrust Damages Actions: Towards a stronger competition culture in Europe, founded on the combined

107. Artículo 9 de la Directiva sobre secretos comerciales.

power of public and private enforcement of the EU competition rules' [2014] *NZKart*.

Dietrich, M., Nowak, C., 'Die Vorschläge der EU-Kommission zum Schutz vertraulicher Informationen in Kartellschadensersatzklagen - ein Aufruf an den Gesetzgeber zum Handeln' *NZKart* [2020].

Freund, B., 'Zur Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten an nationale Gerichte - Anmerkungen zum Mitteilungsentwurf über den Schutz vertraulicher Informationen' [2019] *GRUR Int*.

Hornkohl, L., Melzer, E.J., Prozessualer Geheimnisschutz im Kartellschadensersatzrecht nach der 10. GWB-Novelle - eine Novelle ohne Novellierung, *NZKart* 2021.

Hornkohl, L., 'The Presumption of Harm in EU Private Enforcement of Competition Law - Effectiveness vs Overenforcement' [2021] *ECLIC*.

Hornkohl, L., Die neue Mitteilung der EU-Kommission über den Schutz vertraulicher Informationen in Kartellschadensersatzklagen und ihre Anwendung im deutschen Recht, *EuZW* [2020].

Hornkohl, L., *Geschäftsgeheimnisschutz im Kartellschadensersatzprozess. Die Offenlegung von Beweismitteln und der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Kartellschadensersatzrecht nach Umsetzung der artellschadensersatzrichtlinie*, Mohr Siebeck 2021.

Hornkohl, L., The protection of confidential information during the disclosure of evidence according to the Damages Directive, *E.C.L.R.* 41[2020].

Huber, C., 'Wortlaut und „Wille des Gesetzgebers« im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung. Zu den nationalen contra-legem-Grenzen bei der richtlinienkonformen Interpretation beurteilt anhand der Entscheidung Cookie-Einwilligung II des BGH vom 28.05.2020, I ZR 7/16' *EuR* [2022].

Kilian, M., 'Die Globalisierung der Rechtsberatung - Interessenkonflikte und Chinese Walls' [2000] *WM.*

McGuire, M.R., 'Know-how: Stiefkind, Störenfried oder Sorgenkind?' [2015] *GRUR.*

Redeker, S.S., Pres, S., Gittinger, C., 'Einheitlicher Geheimnisschutz in Europa' *WRP* [2015].

Risch, M., 'Why Do We Have Trade Secrets?' [2007] 11 *Marq. Intell. Prop. L. Rev.*

Sawang, J., *Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht*, Mohr Siebeck, 2010.

Stadler, A., 'Geheimschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht' [2010] *ZZP*.

Vollrath, C., 'Das Maßnahmenpaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzrecht' [2013] *NZKart*.

Willems, C., 'Kein Durchgang durch die 'Doppeltür'?' [2015] *W.R.P.*

Wurmnest, W., 'Forum Shopping bei Kartellschadensersatzklagen und die Kartellschadensersatzrichtlinie' [2019] *NZKart*.

Capítulo 15 | Excesos y defectos en la adaptación de la legislación procesal nacional a los estándares europeos: una visión desde la regulación de la Orden Europea de Retención de Cuentas

*Carlos Santaló Goris**

1. INTRODUCCIÓN. 2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA OERC. 3. LA IMPLEMENTACIÓN DEL REGLAMENTO OERC EN EL DERECHO NACIONAL. 4. EL CONTENIDO DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE LA OERC. 4.1. Identificación de los tribunales y autoridades competentes. 4.2. El método para obtener información sobre las cuentas bancarias del deudor. 5. EXCESOS DEL REGLAMENTO OERC EN EL DERECHO NACIONAL: 5.1. Eslovaquia y la cuantía de la caución; 5.2. Finlandia y la apelación de la decisión sobre caución; 5.3. Suecia, Letonia y la caución sustitutoria. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

El 17 de enero del 2017 entró en vigor el Reglamento No 655/2014, por el que se establece una Orden Europea de Retención de Cuentas («Reglamento OERC»).[1] Su creación se enmarca dentro de las políticas de la EU dirigidas a mejorar la recuperación de créditos transfronterizos.[2] Las mismas políticas que inspiraron la creación del Procedimiento Europeo de Escasa Cuantía («PEEC»),[3] y del Procedi-

* Research fellow en el *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law*.

1. Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, OJ L 189, 27.6.2014, pp. 59–92.

2. Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, OJ C 12, 15.1.2001, pp. 1–9.

3. Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, OJ L 399, 30.12.2006, p. 1–32.

miento Monitorio Europeo («PME»).[4] Si bien la doctrina se suele referir a la OERC como un procedimiento uniforme,[5] en realidad se trata de un instrumento que combina aspectos uniformes junto a un abultado número de referencias al Derecho nacional.[6] La gran mayoría de los Estados miembros han adoptado legislación sobre la OERC con el fin de colmar parte de aquellos aspectos de este procedimiento que dependen del Derecho nacional. El presente artículo tiene como objetivo realizar un análisis comparado de las diferentes medidas legislativas adoptadas a nivel nacional en relación con la OERC, centrándose en aquellos supuestos en los que la legislación nacional pudiese haber alterado el sentido original del texto del Reglamento OERC.

2. Características generales de la OERC

La OERC se puede definir como una medida provisional que consiste, como su propio nombre indica, en la retención temporal de los fondos en las cuentas bancarias de los deudores. Se aplica únicamente en litigios civiles y mercantiles que tengan una dimensión transfronteriza.[7] Un litigio es considerado transfronterizo cuando el domicilio del acreedor o el tribunal que emite la OERC están en un Estado miembro diferente del Estado miembro donde se encuentra la cuenta o cuentas bancarias del deudor.[8] Como la OERC no se aplica en Dinamarca,[9] este país no es considerado como un Estado miembro a la hora de establecer el elemento transfronterizo.

---

4. Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, OJ L 199, 31.7.2007, pp. 1–22.

5. C. Senés Motilla, «Tutela cautelar del crédito trasnfronterizo: la orden europea de retención de cuentas» en V. Pardo Iranzo (coord.), *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea* (Tirant lo Blanch 2016), 102.

6. S. Piédelièvre, «La saisie européenne des comptes bancaires: à propos de la proposition de règlement européen» in J. Attard, M. Dupuis, M. Laugier, V. Sagaert and D. Voinot (eds.), *Un recouvrement de créances sans frontières?* (Larcier 2013), 18; M. L. Villamarín López, «Harmonisation of the Rules on Protective Measures. The European Account Preservation Order» en Fernando Gascon Inchausti y B. Hess (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure: Coordination or Harmonisation?* (Intersentia 2020), 113.

7. Art. 3 Reglamento OERC.

8. Según la versión en español del Reglamento OERC, tanto el domicilio del acreedor como el tribunal competente para emitir la OERC tendrían que estar en un Estado miembro diferente de donde se encontrasen las cuentas bancarias del deudor. Se trata de un error exclusivo del texto en español del Reglamento OERC. Por ello, tal y como señalan varios autores, no habría de tenerse en cuenta para establecer el carácter transfronterizo del litigio: I. Antón Juárez, *Litigación internacional en la Unión Europea III: La Orden Europea de Retención de Cuentas* (Aranzadi 2018), 49; L. Domínguez Ruiz, «La orden europea de retención de cuentas» (2014) 1(4) Revista de Derecho Civil (2014), 248; C. Senés Motilla, *La orden europea de retención de cuentas* (Aranzadi 2015), 51.

9. Considerando 51 Reglamento OERC.

La OERC se puede solicitar antes o durante el procedimiento sobre el fondo del asunto, o una vez que el acreedor ya dispusiese de una resolución judicial, de una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva.[10] Es por ello que este instrumento tiene una doble naturaleza.[11] Cuando la OERC se solicita antes o durante el procedimiento sobre el fondo del asunto tendría una naturaleza cautelar, mientras que si se solicitase una vez que el acreedor tuviese un título ejecutivo, la OERC tendría un carácter ejecutivo.

Los requisitos para obtener una OERC varían dependiendo del momento en el que esta se solicite. Cualquier acreedor que solicite una OERC ha de probar que existe «un riesgo real de que, sin dicha medida, la ejecución ulterior del crédito frente al deudor se verá impedida o resultará considerablemente más difícil».[12] Además del *periculum in mora*, los acreedores que no dispongan de un título ejecutivo habrán de presentar «pruebas suficientes al órgano jurisdiccional para convencerle de que su pretensión frente al deudor tiene probabilidades de prosperar en cuanto al fondo».[13] También se le puede exigir a los acreedores la constitución de una caución.[14]

La solicitud de la OERC se ha de realizar a través del formulario estándar elaborado por la Comisión.[15] En el formulario ha de incluirse información acerca de las partes, del litigio, así como de las cuentas bancarias del deudor.[16] Los acreedores que ignorasen la información acerca de las cuentas bancarias del deudor, pero dispusiesen de un título, podrían solicitar su investigación a través de un mecanismo autónomo con el que cuenta el Reglamento OERC. La solicitud de información de las cuentas bancarias de la OERC se realiza en la misma solicitud de la OERC. Si el tribunal que examina la solicitud de la OERC considera que todos los requisitos para obtener la OERC han sido satisfechos, y que existen razones fundadas para

---

10. Art. 5 Reglamento OERC. El texto del Reglamento OERC no señala que el título ha de ser ejecutivo. Esto fue algo que el TJUE estableció en la primera sentencia que dictó sobre la OERC: C-555/18, 7 de noviembre de 2019, *K.H.K. contra B.A.C. y E.E.K.*, ECLI:EU:C:2019:937.

11. F. Cordón Moreno, «La Orden Europea de Retención de Cuentas en un proceso seguido en España: ¿naturaleza cautelar o ejecutiva?» (2017) 69(2) Revista Española de Derecho Internacional, pp. 306 – 307; G. Schumann Barragán, «Article 20: Duration of the preservation» en Elena D'Alessandro y Fernando Gascón Inchausti (eds.), *The European Account Preservation Order - A Commentary on Regulation (EU) No 655/2014* (Edward Elgar 2022), párrafo 20.15.

12. Art. 7(1) Reglamento OERC.

13. Art. 7(2) Reglamento OERC.

14. Art. 12 Reglamento OERC.

15. Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1823 de la Comisión, de 10 de octubre de 2016, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n.° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, C/2016/6339, OJ L 283, 19.10.2016, p. 1–48.

16. Art. 8(2) Reglamento OERC.

creer que pudiesen existir cuentas bancarias del deudor en un Estado miembro,[17] enviará una petición de investigación de las cuentas a una autoridad de información dicho Estado.[18] La autoridad de información es el organismo que en cada Estado miembro está encargado de tramitar esa petición y buscar las cuentas bancarias del deudor.[19] Cada Estado miembro tiene la obligación de nombrar una.

Cuando la OERC se solicite antes de haber obtenido un título ejecutivo, la jurisdicción para emitir la OERC recae en los tribunales del Estado miembro que tenga jurisdicción para decidir sobre el fondo del asunto.[20] Sin embargo, si el deudor fuese un consumidor, entonces serían competentes los tribunales del Estado miembro del domicilio del deudor.[21] En el supuesto de que el acreedor ya dispusiese de un título ejecutivo en el momento de la solicitud de la OERC, los tribunales del Estado miembro donde se obtuvo ese título serían los competentes para otorgar la OERC.[22]

El procedimiento para obtener una OERC tiene lugar *inaudita altera parte*.[23] Ello la convierte en la primera medida provisional civil dentro del Área de Libertad, Seguridad y Justicia que puede ejecutarse en otros Estados miembros sin la necesidad de informar a los demandados previamente acerca de esta.[24] Algo que contrasta con el Reglamento de Bruselas I bis,[25] donde las medidas cautelares otorgadas *inaudita altera parte* están excluidas de su sistema de reconocimiento y ejecución «a no ser que la resolución relativa a la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución».[26]

---

17. Art. 14(1) Reglamento OERC.

18. Art. 14(2) Reglamento OERC.

19. Art. 4(13) Reglamento OERC.

20. Art. 6(1) Reglamento OERC.

21. Art. 6(2) Reglamento OERC.

22. Art. 6(3)(4) Reglamento OERC.

23. Art. 11 Reglamento OERC.

24. F. Gascón Inchausti, «Article 11: Ex parte procedure» en E. D'Alessandro y F. Gascón Inchausti (eds.), *The European Account Preservation Order - A Commentary on Regulation (EU) No 655/2014* (Edward Elgar 2022), párrafos 11.05 – 11.06. Algo que fue señalado por el Abogado General Szpunar en el primer asunto en el que el TJUE fue preguntado acerca de la OERC: Conclusiones Abogado General Szpunar en C-555/18, *K.H.K.,* ECLI:EU:C:2019:652, apartados 1 – 2.

25. Reglamento (UE) n ° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, OJ L 351, 20.12.2012, pp. 1–32.

26. Artículos 2(a) y 42(2)(c) Reglamento de Bruselas I bis. El origen de esta restricción se encuentra en la sentencia del TJUE C-125/79, *Denilauler* sobre el Convenio de Bruselas de 1968. El TJUE determinó «que no pueden acogerse al régimen de reconocimiento y de ejecución previsto por el Título III del Convenio las resoluciones judiciales por las que se adoptan medidas provisionales y cautelares, dictadas sin que la parte contra la que vayan dirigidas haya sido citada para comparecer y destinadas a ejecutarse sin haber sido previamente notificadas»: C-125/79, 21 de mayo de 1980, *Denilauler*, ECLI:EU:C:1980:130, apartado 18.

La OERC se otorgará si el tribunal que examina la solicitud de la OERC determina que todos los requisitos formales y materiales para obtenerla han sido debidamente satisfechos.[27] Si la solicitud de la OERC fuese rechazada, ya fuese total o parcialmente, el acreedor tendría la posibilidad de presentar recurso apelación.[28] De ser otorgada la OERC, se procedería a su ejecución en el Estado miembro donde se encontrasen las cuentas bancarias de deudor. La OERC puede ser reconocida en otros Estado miembros sin la necesidad de un procedimiento de *exequatur*.[29] En líneas generales, la ejecución se llevará a cabo de acuerdo con el Derecho nacional de dicho Estado miembro.[30]

Una vez que la OERC haya sido ejecutada es cuando se informa al deudor.[31] El deudor cuenta con mecanismos específicos impugnar la OERC en el Estado miembro en el que se emitió,[32] así como dejar sin efecto su ejecución en el Estado miembro donde se encuentren las cuentas bancarias retenidas.[33] Otra de las opciones de las que dispone el deudor es solicitar la liberación de los fondos retenidos por la OERC mediante la provisión de una caución sustitutoria.[34] El Reglamento OERC también establece de forma parcial el régimen de la responsabilidad civil del acreedor por los daños y perjuicios que la OERC pudiese ocasionar al deudor.[35]

3. La implementación del Reglamento OERC en el Derecho nacional

La aprobación de la OERC a través de un reglamento y no de una directiva, eximió a los Estados miembros de tener que adoptar legislación dirigida a transponer este instrumento en sus respectivos ordenamientos jurídicos.[36] Pese a ser directamen-

27. Art. 17(1) Reglamento OERC.

28. Art. 21(1) Reglamento OERC.

29. Art. 21(1) Reglamento OERC.

30. Art. 23(1) Reglamento OERC.

31. Art. 28 Reglamento OERC.

32. Art. 33 Reglamento OERC.

33. Art. 34 Reglamento OERC.

34. Art. 38 Reglamento OERC.

35. Art. 13 Reglamento OERC.

36. Art. 288 TFUE. Así lo estableció el TJUE en relación al Título Ejecutivo Europeo («TEE») en el asunto C-300/14, *Imtech Marine Belgium* (C-300/14, 17 de diciembre de 2015, *Imtech Marine Belgium,* ECLI:EU:C:2015:825). Los antecedentes de este asunto se remontan al rechazo por parte Tribunal de lo mercantil de Amberes (*Rechtbank van Koophandel te Antwerpen*) de certificar una sentencia como un TEE. Este tribunal consideró que no se podía certificar «al no existir una normativa interna adecuada» para la aplicación del TEE en Bélgica (apartado 25). El TJUE fue categórico al afirmar que los Estados miembros no tenían que adaptar su legislación interna para la aplicación del Reglamento TEE (apartados 30 – 31).

te aplicable, existe un abultado número de aspectos procesales de la OERC que son regidos por el Derecho nacional. De los 54 artículos del Reglamento OERC, 29 de ellos contienen referencias expresas al Derecho interno de los Estados miembros.[37] Además de esas referencias expresas, el Artículo 46 establece que «todas las cuestiones procesales que no estén específicamente reguladas en el presente Reglamento se regirán por el Derecho del Estado miembro en que se desarrolle el proceso».[38]

Las referencias al Derecho de los Estados miembros no constituyen un cheque el blanco. El Derecho nacional que se aplique a la OERC ha de ajustarse a los principios de equivalencia y efectividad.[39] El principio de equivalencia requiere que las normas nacionales que se apliquen a la OERC «no deben ser menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno».[40] Este principio aparece codificado en algunos artículos del Reglamento OERC. Así pues, el Artículo 42 establece que las tasas judiciales para obtener una OERC no pueden ser superiores «a las exigidas para la obtención de una orden nacional equivalente».[41] De acuerdo con el principio de efectividad, el Derecho nacional no puede hacer «imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión».[42]

Ante lo expuesto, se puede afirmar que el Derecho nacional juega un papel fundamental en la configuración del procedimiento establecido por el Reglamento OERC.[43] Ello hace que la implementación legislativa de la OERC a nivel nacional,

---

37. Los siguientes artículos del Reglamento OERC contienen referencias expresas al Derecho nacional de los Estados miembros: Art. 4; Art. 6(1); Art. 9; Art. 10; Art. 12(3); Art. 13(3); Art. 14(5); Art. 23(3); Art. 15(1); Art. 17(5); Art. 23(1); Art. 23(3); Art. 23(5); Art. 24(1); Art. 24(2)(b); Art. 24(3)(b); Art. 26; Art. 27; Art. 28(2); Art. 28(3); Art. 28(4); Art. 30; Art. 31(1); Art. 31(2); Art. 31(3); Art. 32; Art. 33(3); Art. 34(1); Art. 34(2); Art. 35(2); Art. 35(2); Art. 35(3); Art. 35(4); Art. 36(3); Art. 36(4); Art. 36(5); Art. 38(1); Art. 38(2); Art. 38(1); Art. 39(1); Art. 39(2); Art. 39(3)(b); Art. 41; Art. 42; Art. 43(1); Art. 44; Art. 46(2); Art. 49(1).

38. Se trataría de una codificación del principio de autonomía procesal de los Estado miembros: K. Hilbig-Lugani, «Artikle 46 EuKoPfVO» en T. Krüger y T. Rauscher (eds.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3* (2022), párrafo 1. El Reglamento del PME y el Reglamento del PESC también tienen artículos con una referencia general al Derecho nacional de los Estados miembros: Art. 26 Reglamento PME («Todas las cuestiones procesales no tratadas expresamente en el presente Reglamento se regirán por el Derecho nacional»); Art. 19 Reglamento PEEC («Sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, el proceso europeo de escasa cuantía se regirá por la legislación procesal del Estado miembro en el que se desarrolle el proceso»).

39. Hilbig-Lugani (n 38), párrafo 1.

40. C-554/17, 14 de febrero de 2019, *Rebecka Jonsson*, ECLI:EU:C:2019:124, apartado 27.

41. Art. 42 Reglamento OERC.

42. C-554/17, 14 de febrero de 2019, *Rebecka Jonsson*, ECLI:EU:C:2019:124, párrafo 27.

43. En este sentido, algunos autores consideran que el abultado número de referencias al Derecho nacional en los instrumentos procesales civiles europeos. En este sentido, *Gascón Inchausti* se refiere a estos instrumentos como «reglamentos-directivos», mientras que *Requejo Isidro* habla de «reglamentos joint-venture»: F. Gascón Inchausti, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*

sin ser obligatoria, se vuelva necesaria para colmar aspectos del Reglamento OERC que dependan del Derecho de los Estados miembros. La legislación nacional sobre la OERC puede realizar una labor orientadora, señalando como se aplica el Derecho nacional a la OERC. Un ejemplo así lo encontramos en la ley sueca sobre la OERC, la cual establece que la caución que se le puede exigir al acreedor se ha de establecer de acuerdo a alguna de las formas permitidas por el Parágrafo 25 del Código de Ejecución Sueco (*Utsökningsbalk (1981:774)*).[44] La legislación nacional sobre la OERC también puede servir para introducir soluciones *ad hoc* para la OERC dentro del Derecho nacional.[45] Por ejemplo, el legislador alemán optó por crear un régimen especial para la responsabilidad civil del acreedor por los daños y perjuicios que la OERC le pudiese causar al deudor.[46] Lo hizo en lugar de introducir una simple referencia al Parágrafo 945 del Código Procesal Civil Alemán donde figura el régimen de la responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios causados por las medidas cautelares nacionales.[47]

La implementación legislativa del Reglamento OERC puede resultar clave para que los operadores jurídicos nacionales entiendan cómo se ha aplicar este instrumento en sus respectivos ordenamientos jurídicos.[48] También es una forma de darle visi-

---

(Marcial Pons 2018), 42; M. Requejo Isidro, «La ejecución sin exequátur. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo III» (2015) 67(2) Revista Española de Derecho Internacional 49, 69.

44. Parágrafo 13 Ley (2016:757) sobre incautación de fondos bancarios dentro de la UE (*Lag (2016:757) om kvarstad på bankmedel inom EU*).

45. E. A. Onțanu, *Cross-Border Debt Recovery in the EU. A Comparative and Empirical Study on the Use of the European Uniform Procedures* (Intersentia 2017), 436.

46. § 958 Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*).

47. § 945 Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*). Algo que no habría tenido un resultado diferente ya que el régimen especial para la responsabilidad civil para la OERC y el de las medidas cautelares nacionales son materialmente idénticos: A.K. Raffelsieper, *Die Rückabwicklung der vorläufigen Vollstreckung im nationalen und europäischen Zivilprozessrecht* (Nomos 2018), p. 262.

48. Si bien no se les exigía a los Estados miembros adaptar su legislación interna para facilitar la aplicación de la OERC, si se les requería informar acerca de la siguiente información relativa a la aplicación de la OERC nivel nacional antes del 18 de julio de 2016 (Art. 50 Reglamento OERC): «a) los órganos jurisdiccionales competentes para dictar una orden de retención (artículo 6, apartado 4); b) la autoridad competente para obtener información de cuentas (artículo 14); c) los métodos de obtención de información de cuentas previstos en su Derecho nacional (artículo 14, apartado 5); d) los órganos jurisdiccionales ante los cuales se ha de interponer un recurso (artículo 21); e) la autoridad o autoridades competentes a efectos de la recepción, transmisión y notificación de la orden de retención y otros documentos con arreglo al presente Reglamento (artículo 4, punto 14); f) la autoridad competente para ejecutar la orden de retención de conformidad con el capítulo 3; g) la medida en que pueden retenerse las cuentas conjuntas y nominales con arreglo a su Derecho nacional (artículo 30); h) las normas aplicables a las cantidades exentas de embargo con arreglo a su Derecho nacional (artículo 31); i) si, con arreglo a su Derecho nacional, los bancos tienen derecho a cobrar comisiones por cumplimentar órdenes nacionales equivalentes o por facilitar información de cuentas, y en tal caso, a cuál de las partes corresponde el pago de dichas comisiones de manera provisional y definitiva (artículo 43); j) el baremo de tasas u otro conjunto de normas que fijen las tasas aplicables exigidas por la autoridad u otro organismo que participen en la tramitación o en la ejecución de la orden de retención (artículo 44); k) si se reconoce alguna prelación a las órdenes nacionales equivalentes con arreglo a su Derecho nacional (artículo 32); l) los órganos jurisdiccionales o, en su caso, la autoridad de ejecución, competentes para resolver un recurso (artículo 33, apartado 1, artículo 34, apartados 1 o 2); m) los órganos jurisdiccionales ante los cuales se pueda

bilidad a la OERC a nivel nacional.[49] Jueces y abogados suelen estar más familiarizados con la legislación nacional que con la europea.

De no existir legislación nacional sobre la OERC, la tarea de ensamblar el Reglamento OERC y el Derecho nacional recae sobre los jueces y tribunales encargados de aplicarlo. Eso fue lo que hizo el Tribunal de Distrito de Rotterdam (*Rechtbank Rotterdam*) cuando determinó que en ausencia de un formulario específico para rechazar una solicitud de OERC, «el rechazo debe estar contenido en una decisión judicial de acuerdo con la ley nacional de los Países Bajos».[50] En Rumanía, antes de que se hubiese adoptado legislación relativa a la OERC,[51] no estaba claro cuáles eran los tribunales competentes para decidir sobre el recurso del deudor para impugnar una OERC.[52] Fue el Tribunal de Casación de Rumanía (Înalta *Curte de Casaţie* şi *Justiţie*) el que estableció que era el tribunal jerárquicamente superior al que emitió la OERC el competente para decidir sobre ese recurso.[53]

A excepción de Portugal, todos los Estados miembros donde se aplica el Reglamento OERC han aprobado algún tipo de legislación específica relativa a la OERC. Si bien no todos lo hicieron al mismo tiempo. Menos de un tercio de estos Estados habían aprobado la legislación sobre la OERC en el momento en el que esta entró en vigor.[54] Algunos se demoraron incluso años. Rumanía no aprobó la legislación sobre la OERC hasta el 2020. Lo hizo únicamente en respuesta al procedimiento de infracción iniciado por la Comisión contra este país por no haber nombrado una autoridad de información encargada de tramitar las peticiones para investigar las cuentas bancarias del deudor. Los Estados miembros tenían de plazo máximo hasta el 17 de julio de 2016 para informar a la Comisión acerca del organismo

---

recurrir, el plazo, si lo hubiera, para la interposición de dicho recurso con arreglo a su Derecho nacional y el hecho que marca el inicio de ese plazo (artículo 37); n) una indicación de las tasas judiciales (artículo 42), y o) lenguas admitidas para las traducciones de documentos (artículo 49, apartado 2)».

49. B. Hess, «Towards a more coherent EU framework for the cross-border enforcement of civil» en J. von Hein y T. Kruger (eds.), *Informed Choices in Cross-Border Enforcement. The European State of the Art and Future Perspectives* (Intersentia 2021), 391; J. Hoevenaars y X. Kramer, «Improving Access to Information in European Civil Justice» en J. von Hein y T.Kruger (eds.), *Informed Choices in Cross-Border Enforcement* (Intersentia 2021), 509.

50. Rechtbank Rotterdam, 23.05.2018, C/10/541226 / KG RK 17-1823, ECLI:NL:RBROT:2018:6658, apartado 2.2.

51. Decreto de emergencia no. 119 del 21 de diciembre de 2006 (*Ordonanţă de urgenţă nr. 119 din 21 decembrie 2006*).

52. T. Lazoc, A. Radu and A.Tudurachi, «The EAPO: Icarus' Wings or Medusa's Gaze» (2022) Themis Annual Journal (en imprenta).

53. Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie - Secţia a II-a Civilă, Decizia nr. 3730/2018.

54. Solamente Alemania, Austria, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Países Bajos y Suecia habían «adaptado» sus ordenamientos jurisdicos para incorporar el Reglamento OERC en el momento en el que este entró en vigor.

que nombrasen como autoridad de información.[55] La inacción de las autoridades rumanas hizo que, en octubre 2019, la Comisión enviase una carta de emplazamiento a Rumanía, el primer trámite dentro del procedimiento de infracción.[56] Se requería que Rumanía facilitase el nombre de su autoridad de información así como el método empleado para investigar las cuentas bancarias de los deudores.[57] La advertencia de la Comisión dio sus frutos. Menos de tres meses después de la carta de emplazamiento, Rumanía había aprobado la legislación sobre la OERC,[58] la cual incluía el nombramiento de la Unión Nacional de Agentes Judiciales de Ejecución (*Uniunea Națională a Executorilor Judecătorești*) como autoridad de información.[59]

4. El contenido de la legislación nacional sobre la OERC

La extensión y el contenido de la legislación nacional sobre la OERC varía substancialmente de un Estado miembro a otro. Algunos Estados optaron por una trasposición casi al completo del Reglamento OERC en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Este sería el caso alemán. El Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*) tiene una sección dedicada en su totalidad a la OERC.[60] Cubre desde la determinación de los tribunales competentes para emitir la OERC[61] hasta el ya referido régimen de la responsabilidad civil del acreedor por los daños y perjuicios que la OERC pudiese ocasionar al deudor.[62] Sin embargo, en otros Estados miembros la legislación sobre la OERC estuvo focalizada únicamente en uno o varios aspectos de este procedimiento. Por ejemplo, la segunda ley luxemburguesa sobre la OERC se dedicó exclusivamente a la creación de un procedimiento de apremio especial para que el acreedor pudiese acceder a los fondos que hubiesen sido previamente retenidos por una OERC.[63]

Pese a las diferencias que se pueden observar cuando se compara la legislación nacional sobre la OERC de los Estados miembros, es posible extraer dos elementos

---

55. Art. 50(1)(c) Reglamento OERC.

56. Art. 258 TFUE.

57. Comisión Europea, *October infringements package: key decisions* (10.10.2019), <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_19_5950> visitado en 15 de julio de 2022.

58. Decreto de emergencia no. 119 del 21 de diciembre de 2006 (*Ordonanță de urgență nr. 119 din 21 decembrie 2006*).

59. Art. I ^ 8 Decreto de emergencia no. 119 del 21 de diciembre de 2006 (*Ordonanță de urgență nr. 119 din 21 decembrie 2006*).

60. Sección 6, Título 2, Libro 8, Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*).

61. Parágrafo 946 Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*).

62. Parágrafo 958 Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*).

63. Art. 718-1 Nuevo Código Procesal Civil Luxemburgués (*Nouveau Code de procédure civile*).

recurrentes: la identificación de tribunales y autoridades que participan el procedimiento de la OERC; y la implementación del mecanismo para obtener información sobre las cuentas bancarias.

4.1. Identificación de los tribunales y autoridades competentes

Un importante porcentaje de la disposiciones de la legislación nacional sobre la OERC están dedicadas a identificar cuáles son los tribunales y autoridades competentes para emitir una OERC, ejecutarla, transmitir los recursos del deudor contra esta o buscar información acerca de las cuentas bancarias del deudor.[64] Coincide en gran medida con la información que los Estados miembros tenían de facilitar a la Comisión acerca la aplicación del Reglamento OERC a nivel nacional antes del 17 de julio del 2016.[65]

Esta clase de disposiciones no tienen una especial relevancia salvo en aquellos supuestos en los que los legisladores nacionales decidieron concentrar un determinado tramite del procedimiento OERC en un solo tribunal o autoridad. En este sentido, caben destacar los casos de Finlandia y Republica Checa donde existe un único tribunal competente para emitir OERCs.[66] En Finlandia, ese papel recayó en el Tribunal de Distrito de Helsinki (*Helsingin käräjäoikeus*). La elección de este tribunal no fue accidental.[67] Este tribunal ya tenía competencia exclusiva sobre el PME y el PESC.[68] El legislador finlandés vio en la concentración de jurisdicción en un solo tribunal de distrito una forma de acumular la experiencia necesaria para que las solicitudes de OERCs fuesen tramitadas de forma más eficiente.[69] Ese mismo motivo fue lo que impulsó al legislador checo a concentrar, casi tres años después de

64. M. Buzzoni y C. Santaló Goris, *Report on Practices in Comparative and Cross-Border Perspective* (2022), 59-62 disponible en: <https://efforts.unimi.it/wp-content/uploads/sites/8/2022/07/Report-on-Practices-in-Comparative-and-Cross-Border-Perspective-1.pdf> visitado en 15 de julio de 2022.

65. Art. 50 Reglamento OERC.

66. Una solución que parece contar con el beneplácito del TJUE. En el asunto C-30/20, *Volvo*, el TJUE afirmó que «una concentración de competencias en un único órgano jurisdiccional especializado puede justificarse en aras de una buena administración de justicia»: C-30/20, 15 de julio de 2021, *Volvo*, ECLI:EU:C:2021:604, apartado 36. También se pronunció de forma similar en C-400/13 y C-408/13, *Sanders*: Asuntos acumulados C-400/13 and C-408/13, 18 de diciembre de 2014, *Sanders*, ECLI:EU:C:2014:2461, para. 44.

67. Parágrafo 3(1) Ley 17/2017 del procedimiento de la orden europea de retención de cuentas (*Laki 17/2017 eurooppalaisesta tilivarojen turvaamismääräysmenettelystä*).

68. Parágrafo 2 Ley de 28 de noviembre de 2008/753 sobre el procedimiento europeo de escasa cuantía *(Laki 28.11.2008/753 eurooppalaisesta vähäisiin vaatimuksiin sovellettavasta menettelystä*); Parágrafo 2 Ley de 28 de noviembre de 2008/754 sobre el proceso monitorio europeo (*Laki 28.11.2008/754 eurooppalaisesta maksamismääräysmenettelystä*).

69. Propuesta del Gobierno 109/2016 al parlamento como ley sobre el procedimiento de orden de protección de fondos de cuenta europea (*Hallituksen esitys 109/2016 eduskunnalle laiksi eurooppalaisesta tilivarojen turvaamismääräysmenettelystä*), 32 - 33.

la entrada en vigor del Reglamento OERC, la competencia para emitir OERCs en el Tribunal de Distrito de Praga 1 (*Obvodní soud pro Prahu 1*).[70].[71] Austria y Eslovaquia optaron por una centralización parcial. Cuando la OERC se solicite antes del inicio del procedimiento de ejecución del título principal o en base a un documento público con fuerza ejecutiva, entonces el juzgado competente para decidir sobre la solicitud de OERC es el Tribunal de Distrito del Centro de Viena (*Bezirksgericht Innere Stadt Wien*).[72] Por su parte, en Eslovaquia, en aquellos supuestos en los que domicilio general del deudor no se encuentre en este país, la solicitud de la OERC se habrá de presentar ante el Tribunal de Distrito de Banská Bystrica (*Okresný súd Banská Bystrica*).[73]

En cuanto a la autoridad de información encargada de buscar las cuentas bancarias del deudor, casi todos los Estados miembros optaron por único organismo central.[74] Como excepciones, destacan las soluciones híbridas adoptadas por Austria e Italia. En ambos países existen a la vez una autoridad de información central y varias descentralizadas. Cuando el deudor tiene su domicilio Italia, la autoridad de información es «el presidente del tribunal del lugar donde se deudor tiene su residencia, domicilio, residencia o domicilio social».[75] De la misma forma, cuando el deudor se encuentre en Austria, el tribunal de distrito territorialmente competente en el domicilio o residencia habitual del deudor es la autoridad de información.[76] Sin embargo, cuando el deudor tiene su domicilio fuera de estos países, la autoridad de información recae en un organismo central. En el caso de Austria, esa autoridad de información central sería el Tribunal de Distrito del centro de Viena (*Bezirksgericht Innere Stadt Wien*);[77] mientras que en Italia, ese papel le correspondería al presidente del tribunal de Roma (*Tribunale de Roma*).[78]

---

70. Parágrafo 37(13) Ley Nº 6/2002 de Jueces y Tribunales (*Zákon č. 6/2002 o soudech a soudcích*).

71. C. Santaló Goris, «A centralized court for the EAPO Regulation in the Czech Republic?» <https://conflictoflaws.net/2021/a-centralized-court-for-the-eapo-regulation-in-the-czech-republic/> visitado en 15 de agosto de 2022.

72. Parágrafo 424(1) Código de Ejecución Civil Austriaco (*Exekutionsordnung*).

73. Parágrafo 2(3)(a) Ley 54/2017 sobre la orden europea para la retención de cuentas y sobre la modificación de la Ley del Consejo Nacional Eslovaco No. 71/1992 Col. sobre tasas judiciales y la tasa por extracto de antecedentes penales, en su versión modificada (*Zákon 54/2017 o európskom príkaze na zablokovanie* účtov *a o doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 71/1992 Zb. o súdnych poplatkoch a poplatku za výpis z registra trestov v znení neskorších predpisov*).

74. C. Santaló Goris, «The implementation at the national level of the bank account information mechanism under the EAPO Regulation: a comparative analysis» (2020) 12(1) Cuadernos de Derecho Transnacional 386, 400.

75. Art. 3(1) Decreto Legislativo No. 152/2020.

76. Parágrafo 424(1) Código de Ejecución Civil Austriaco (*Exekutionsordnung*).

77. Parágrafo 424(1) Código de Ejecución Civil Austriaco (*Exekutionsordnung*).

78. Art. 3(1) Decreto Legislativo No. 152/2020.

Algunos Estados miembros también introdujeron una centralización parcial de la ejecución de las OERCs. En Austria, las OERCs emitidas en otros Estados miembros son ejecutadas por el ya mencionado Tribunal de Distrito del centro de Viena (*Bezirksgericht Innere Stadt Wien*).[79] La ejecución de las OERCs provenientes de otros Estados miembros también está centralizada en Eslovenia y Eslovaquia. En Eslovenia, la autoridad central de ejecución es el Tribunal de Distrito de Maribor (*Okrajno sodišče v Mariboru*),[80] mientras que en Eslovaquia el ya referido Tribunal de Distrito de Banská Bystrica (*Okresný súd Banská Bystrica*) desempeña ese papel.[81] La centralización de la ejecución de las OERCs que sean otorgadas en otros Estados miembros es particularmente beneficiosa para aquellos acreedores que hayan obtenido una OERC fuera de Austria, Eslovaquia o Eslovenia y tengan que ejecutarla en estos países. La existencia de una autoridad central familiarizada con la OERC les permite acceder más fácilmente al procedimiento de ejecución que en el supuesto de tener que determinar cuál es la autoridad de ejecución territorialmente competente.

4.2. El método para obtener información sobre las cuentas bancarias del deudor

Una de las principales innovaciones que el Reglamento OERC aportó al Área de Libertad, Seguridad y Justicia es su mecanismo para obtener información acerca de las cuentas bancarias de los deudores.[82] En casi todas las legislaciones nacionales sobre la OERC encontramos una referencia al método que las autoridades de información han de emplear para identificar las cuentas bancarias del deudor.

El Reglamento OERC sugiere tres métodos que los Estados miembros puede emplear para obtener información acerca de las cuentas bancarias del deudor. El primero consiste pedirle directamente a los bancos que proporcionen la información sobre las cuentas bancarias.[83] Las autoridades de información también pueden

---

79. Parágrafo 423(2) Código de Ejecución Civil Austriaco (*Exekutionsordnung*).

80. Art. 279(d) Ley de Ejecución y Seguros (*Zakon o izvršbi in zavarovanju*).

81. Parágrafo 2(3)(b) Ley 54/2017 sobre la orden europea para la retención de cuentas y sobre la modificación de la Ley del Consejo Nacional Eslovaco No. 71/1992 Col. sobre tasas judiciales y la tasa por extracto de antecedentes penales, en su versión modificada (*Zákon 54/2017 o európskom príkaze na zablokovanie účtov a o doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 71/1992 Zb. o súdnych poplatkoch a poplatku za výpis z registra trestov v znení neskorších predpisov*).

82. El único europeo precedente de esta herramienta se encuentra en el Reglamento europeo en materia de obligaciones de alimentos (no 4/2009), el cual también cuenta con un mecanismo específico para investigar el patrimonio del deudor: Art. 61(2) Reglamento (CE) no 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L 7 de 10.1.2009, p. 1 - 79.

83. Art. 14(5)(a) Reglamento OERC.

obtener los datos sobre las cuentas bancarias de registros que dependan de autoridades o administraciones públicas.[84] También se le podría pedir al deudor «que revele en qué banco o bancos del Estado miembro correspondiente mantiene una o varias cuentas bancarias».[85] No obstante ese requerimiento tendría que ir acompañado «un apercibimiento personal que le prohíba retirar o transferir fondos depositados en su cuenta o cuentas hasta el importe que deba retenerse en virtud de la orden».[86] De esa forma, aunque el deudor fuese informado de la existencia para obtener una OERC no podría emprender acciones que pudiesen menoscabar la efectividad de la futura OERC.[87]

La referida lista de métodos para investigar las cuentas bancarias del deudor no es *numerus clausus*.[88] Los Estados miembros puede optar por cualquier otro sistema de investigación de las cuentas siempre que «que sea eficaz y eficiente a fin de obtener la información pertinente» y «que no sea desproporcionado por su coste o duración».[89]

En la práctica todos los Estados Miembros se han apoyado en al menos uno de los tres métodos de investigación mencionados en el texto del Reglamento OERC.[90] En muchas ocasiones se trata de métodos que ya existían a nivel nacional. En Alemania la información sobre las cuentas bancarias se obtiene de la autoridad nacional tributaria (*Bundeszentralamt für Steuern*),[91] algo que ya sucedía en el procedimiento nacional de ejecución civil.[92] En España, «la autoridad de información española podrá recabar la colaboración de cualesquiera entidades públicas y privadas que posean la información que permita identificar las entidades de crédito y las cuentas del deudor».[93] Este método está inspirado en el Artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge una de las formas en las que los tribunales es-

84. Art. 14(5)(b) Reglamento OERC.

85. Art. 14(5)(c) Reglamento OERC.

86. Art. 14(5)(c) Reglamento OERC. Este sistema no figuraba en la Propuesta de la Comisión del Reglamento OERC, que únicamente permitía elegir entre pedirla información a los bancos u obtenerla de registros que perteneciesen a autoridades públicas: Art. 17(5) COM/2011/0445 final. Este tercer método para investigar el patrimonio del deudor fue introducido a petición del Reino Unido: Comments on Chapters I, II and III from the delegation of the United Kingdom, 13260/11 JUSTCIV 205 CODEC 1280, 13140/1, 11.

87. D. Wiedemann,«Artikel 14 EU-KPfVO» en T. Rauscher (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl* (Otto Schmidt 2022), párrafo 14.

88. K. Hilbig-Lugani, «Artikle 14 EuKoPfVO» en W. Krüger y T. Rauscher (eds.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* (C.H. Beck 2017), párrafo 9.

89. Art. 14(5)(d) Reglamento OERC.

90. Santaló Goris (n 71), 403.

91. Parágrafo 948 Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*).

92. Parágrafo 802(l)(1)(2) Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*).

93. Disposición final 27(4) Ley de Enjuiciamiento Civil.

pañoles pueden emplear durante la ejecución civil para investigar el patrimonio del deudor.

También ha habido casos de Estados miembros que, a fin de implementar el mecanismo de información de la OERC, han introducido mecanismos *ad hoc* para localizar las cuentas bancarias del deudor. Ese fue el caso de Luxemburgo, cuyo sistema procesal civil carecía de un mecanismo análogo.[94] El legislador luxemburgués concedió a la Comisión de Supervisión del Sector Financiero (*Commission de Surveillance du Secteur Financier*), en su papel como autoridad de información luxemburguesa para la OERC,[95] poderes especiales para que pudiese pedir a los bancos datos sobre las cuentas bancarias del deudor.[96]

Algunos legisladores nacionales vieron en la implementación del mecanismo de información una oportunidad para mejorar sus sistemas de investigación de las cuentas bancarias de los deudores dentro de sus procesos civiles nacionales.[97] Uno de ellos fue el legislador austriaco, que decidió que el procedimiento OERC se podía emplear en Austria cuando tanto el tribunal competente para emitir la OERC, como el domicilio del acreedor y las cuentas bancarias se encontrasen en este país.[98] Con esta medida se extendió la aplicación del Reglamento OERC más allá de los asuntos transfronterizos tal y como establece el Artículo 3. La principal razón que llevó al legislador austriaco a extender la aplicación de la OERC fue que de esa

---

94. C. Santaló Goris y V. Van Den Eeckhout, «Luxembourg» en J. von Hein y T. Kruger (eds.), *Informed Choices in Cross-Border Enforcement: The European State of the Art and Future Perspectives* (Intersentia 2021), 296.

95. Art. 2(6) Ley de 23 de diciembre de 1998 por la que se crea una comisión de supervisión del sector financiero (*Loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier*).

96. Art. 3 Ley de 17 de mayo de 2017 de desarrollo del Reglamento (UE) n.º 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se crea un procedimiento de orden europea de retención de cuentas, destinado a facilitar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, por la que se modifica el Nuevo Código de Procedimiento Civil y la reformada ley de 23 de diciembre de 1998 por la que se crea una comisión de supervisión del sector financiero (*Loi du 17 mai 2017 relative à la mise en application du Règlement (UE) No 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale, modifiant le Nouveau Code de procédure civile et la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier*). La Comisión de Supervisión del Sector Financiero (*Commission de Surveillance du Secteur Financier*) envía a través de una plataforma digital la petición de información a todas las entidades bancarias que existen en Luxemburgo: Circular CSSF 22/819. Solicitudes de información sobre cuentas en virtud del artículo 14 del Reglamento (UE) n.º 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece un procedimiento de orden europea de retención de cuentas para facilitar el cruce -cobranza de deudas fronterizas en materia civil y comercial (*Circulaire CSSF 22/819. Demandes visant à obtenir des informations relatives aux comptes en vertu de l'article 14 du Règlement (UE) N° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale*).

97. Buzzoni y Santaló Goris (n 64), 63 – 64.

98. Parágrafo 422(3) Código de Ejecución Civil Austriaco (*Exekutionsordnung*).

forma es cualquier acreedor cuya residencia habitual estuviese en Austria también podrían obtener información acerca de las cuentas bancarias del deudor en ese país.[99] En Bélgica, la OERC fue la razón detrás de la creación de un registro central de cuentas bancarias.[100] Este registro también se hizo accesible a los acreedores que solicitasen una orden nacional de retención de cuentas (*saisie-arrêt conservatoire*).[101]

En Francia, el Reglamento OERC fue la causa de que se expandiese el acceso al registro nacional de cuentas bancarias, el FICOBA.[102] Antes de la OERC, el acceso al FICOBA estaba limitado únicamente a aquellos acreedores que dispusiesen de un título ejecutivo. El FICOBA fue elegido como fuente de información para el mecanismo de investigación de las cuentas bancarias dentro del procedimiento OERC.[103] En este punto se ha de recordar que los acreedores que tengan un título no ejecutivo también pueden acceder al mecanismo de información.[104] Por ello, con la entrada en vigor del Reglamento OERC, también ganaron acceso al FICOBA los acreedores con un título no ejecutivo que solicitasen información sobre las cuentas bancarias del deudor a través de la OERC. Sin embargo, fuera del procedimiento para obtener una OERC, los acreedores sin un título ejecutivo no podían acceder al FICOBA. Para el Tribunal de Apelación de París, (*Cour d'appel de Paris*) esta situación generaba discriminación injustificada de los acreedores que no podían acceder la OERC frente a los que sí.[105] Por ello, en 2021, el legislador francés decidió expandir el acceso al FICOBA a aquellos acreedores sin un título ejecutivo que hubiesen obtenido una orden nacional de retención de carácter provisional (*saisie conservatoire*).[106] Durante la negociación del Reglamento OERC, la delegación francesa insistió en que el acceso al mecanismo de información debía estar limita-

---

99. Explicaciones de la Ley Federal que modifica el Código de Ejecución, la Ley de Tasas Judiciales, la Ley de Aportes Judiciales y la Ley de Tasas de Ejecución (Reforma al Código de Ejecución 2016 - Nov. 2016) (*Erläuterungen Bundesgesetz, mit dem die Exekutionsordnung, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtliche Einbringungsgesetz und das Vollzugsgebührengesetz geändert werden (Exekutionsordnungs-Novelle 2016 — EO-Nov. 2016)*), 2.

100. Ley sobre la organización de un punto central de contacto para cuentas y contratos financieros y sobre la ampliación del acceso al archivo central de notificaciones de embargo, delegación, cesión, liquidación colectiva de deudas y protesto (*Loi portant organisation d'un point de contact central des comptes et contrats financiers et portant extension de l'accès au fichier central des avis de saisie, de délégation, de cession, de règlement collectif de dettes et de protêt*).

101. Art. 1447(1)(1) Código Judicial Belga (*Code Judiciare*).

102. «Fichier des comptes bancaires». Sobre el FICOBA: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2233> visitado el 15 de agosto de 2022.

103. Art. L151 A(1) Código de procedimientos tributarios (*Livre des procédures fiscales*).

104. Art. 14(1) Reglamento OERC.

105. Cour d'appel de Paris, Pôle 1 - chambre 10, 28 janvier 2021, n° 19/21727.

106. Art. 58 Ley n° 2021-1729 de 22 de diciembre de 2021 de confianza en la institución judicial (*Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire*).

do a aquellos acreedores con un título ejecutivo.[107] Su argumento principal era que tal limitación también existía en Derecho francés. La paradoja es que, al final, fue el Reglamento OERC el que influyó el sistema procesal civil francés y no al contrario.

En Alemania, el Reglamento OERC también sirvió para hacer más accesible la investigación de los bienes del deudor durante el procedimiento de ejecución civil. Antes del Reglamento OERC, los agentes judiciales de ejecución (*Gerichtsvollzieher*) podían investigar el patrimonio del deudor únicamente cuando la cuantía del litigio superase los 500 euros.[108] Como el acceso al mecanismo de información de la OERC no estaba condicionado a una cuantía mínima, se decidió suprimir la cuantía mínima de los 500 euros.[109] De esta forma, los acreedores que solicitasen la investigación del patrimonio del deudor durante el procedimiento de ejecución civil nacional estarían en pie de igualdad con los acreedores que solicitasen información sobre las cuentas bancarias a través del Reglamento OERC.[110]

5. Excesos del Reglamento OERC en el Derecho nacional

Al incorporar el Reglamento OERC dentro de los sistemas procesales civiles nacionales existe el riesgo que se altere el sentido original de su contenido. En particular, sobre aquellos aspectos que no está claro si dependen del Derecho nacional de los Estados miembros o se tratan de aspectos uniformes establecidos por el Reglamento OERC. En Eslovaquia, Finlandia, Letonia o Suecia se pueden encontrar ejemplos de legislación nacional que se hubiese podido exceder, resultado de haber interpretado el Reglamento OERC de una forma inadecuada.

5.1. Eslovaquia y la cuantía de la caución

La provisión de una caución es uno de los requisitos materiales que los acreedores pueden tener que satisfacer para obtener una OERC.[111] En principio, los acreedores con un título ejecutivo están exentos de la caución,[112] mientras que los que

---

107. Comments on Chapters I, II and III from the French delegation, 13260/11 JUSTCIV 205 CODEC 1280, 13140/12 ADD 13, 14 – 15.

108. W. Hau, «Overcoming Follow-Up Fragmentation through Bottom-Up Harmonisation?» en A. Nylund y M. Strandberg (eds.), *Civil Process and Harmonization of Law* (Intersentia 2019), 70.

109. Parágrafo 755(3) Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*).

110. Bundestags-Drucksache 18/9698, pp. 23 - 24. Se trataría de un ejemplo de «alineación voluntaria entre la legislación nacional y la de la UE»: Hau (n 108), 70.

111. Art. 12(1) Reglamento OERC.

112. Art. 12(1) Reglamento OERC.

carezcan de uno han de proveerla.[113] Sin embargo, existen excepciones en ambos supuestos. Los tribunales pueden exigir a los acreedores con título ejecutivo la provisión de una caución si considerasen que esto es «necesario y adecuado dadas las circunstancias del caso».[114] De la misma forma, los tribunales pueden eximir a los acreedores sin un título ejecutivo de la caución si la consideran «improcedente dadas las circunstancias del caso».[115]

Los tribunales han de establecer la cuantía de la caución atendiendo a los criterios fijados por el Artículo 12. Por una parte, la caución ha de ser de un «importe suficiente» para prevenir que se abuse de la OERC.[116] Por otra, la cuantía de la caución ha de ser suficiente para cubrir cualquier daño o perjuicio que la OERC pueda causar al deudor.[117] El primero de los criterios es meramente programático y sin una utilidad real para el cálculo del montante de la caución.[118] El segundo criterio, el cálculo de la caución en base a los potenciales daños y perjuicios, es demasiado complejo para ser considerado viable. En primer lugar, requiere que los tribunales determinen la ley aplicable a la responsabilidad civil acreedor a través de la norma de conflicto contenida en el Artículo 13.[119] En base a la ley aplicable a la responsabilidad civil del acreedor, habría que cuantificar de forma estimada los potenciales daños y perjuicios a los que se expone el deudor con la OERC. Tal y como un sector de la doctrina ha señalado, es poco realista pensar que los tribunales vayan a calcular la caución en base los criterios contenidos en el Artículo 12.[120]

El legislador europeo, posiblemente consciente de las dificultades que entraña el cálculo de la caución a través de los criterios del Artículo 12,[121] introdujo en el

---

113. Art. 12(2) Reglamento OERC

114. Art. 12(1) Reglamento OERC.

115. Art. 12(2) Reglamento OERC. El Preámbulo ofrece algunos ejemplos de circunstancias que pueden justificar la no provisión de la caución, por ejemplo «que el acreedor, pese unas pretensiones y alegaciones bien fundadas, no tiene medios suficientes para prestar una caución» o «que la cuantía del crédito es tal que no es probable que la orden cause daño o perjuicio alguno al deudor, por ejemplo, en caso de una pequeña deuda comercial»: Considerando 18 Reglamento OERC.

116. Art. 12(1) Reglamento OERC.

117. Art. 12(1) Reglamento OERC.

118. C. Senés Motilla, *La orden europea de retención de cuentas: aplicación en derecho español del Reglamento (UE) Núm. 655/2014, de 15 de mayo de 2014* (Aranzadi 2015), 79.

119. B. Hess y K. Raffelsieper,«Die Europäische Kontenpfändungsverordnung: Eine überfällige Reform zur Effektuierung grenzüberschreitender Vollstreckung im Europäischen Justizraum» (2015) IPRax 46, 51.

120. M. Mann-Kommenda, «Art 12 EuKoPfVO» en G. Andreas and N. Matthias (eds.), *IZVR Praxiskommentar Internationales Zivilverfahrensrecht* (LexisNexis 2021), párrafo 13; P. Peiteado Mariscal, «Article 12: Security to be provided to the creditor» en E. D'Alessandro and F.Gascón Inchausti (eds.), *The European Account Preservation Order - A Commentary on Regulation (EU) No 655/2014* (Edward Elgar 2022), párrafo 12.08; M. Trenker, «Art. 12 EuKoPfVO» en H. Schumacher, B. Köllensperger y M. Trenker (eds.), *Kommentar zur EU-Kontenpfändungsverordnung EuKoPfVO* (MANZ 2017), párrafo 10.

121. Peiteado Mariscal (n 120), párrafo 12.07.

Preámbulo del Reglamento OERC un criterio subsidiario. Según este, «en caso de que no haya pruebas específicas sobre la cuantía de los daños o perjuicios potenciales, para considerar orientativo el importe por el que vaya a dictarse la orden a efectos de determinar la cuantía de la caución».[122] Lo que el Preámbulo no dice es qué porcentaje o porcentajes del importe de la OERC puede suponer la cuantía de la caución, dejando a los jueces una amplia discrecionalidad para decidirlo. Por ejemplo, en Austria, el Tribunal Regional Superior de Innsbruck (*Oberlandesgericht Innsbruck*) estableció la caución en un 25% de la cuantía de la OERC,[123] mientras que los Países Bajos, el tribunal de distrito de Rotterdam (*Rechtbank Rotterdam*) empleó un 30%.[124] En España, el Juzgado Primera Instancia número 8 de Palma de Mallorca exigió como caución un 5% de la cuantía por la que se emitió la OERC.[125] Un porcentaje ínfimo comparado con la postura mayoritaria de la doctrina alemana que defiende que se debe emplear un 110%: el 100% de la cuantía de la OERC y un 10% adicional para cubrir los intereses y las costas procesales.[126]

La ley eslovaca sobre la OERC establece que la caución ha de ser como mínimo un tercio de la cuantía de la OERC.[127] Al establecer ese porcentaje mínimo se estaría menoscabando el carácter subsidiario de la norma del Preámbulo para calcular la caución. Independientemente de que «no haya pruebas específicas sobre la cuantía de los daños o perjuicios potenciales», según la ley eslovaca los tribunales siempre han de observar la cuantía por la que se vaya a emitir la OERC a la hora de establecer el montante de la caución. Además, ha de recordarse que el Preámbulo, a diferencia del Artículo 12, no tiene un carácter vinculante.[128]

Si bien la normativa eslovaca contraviene el texto del Reglamento OERC en lo relativo al cálculo de la caución, se puede comprender que llevó al legislador eslovaco a adoptar tal solución. La falta de claridad de los criterios del Artículo 12 para es-

---

122. Considerando 18 Reglamento OERC.

123. Rechtbank Rotterdam, 11.27.2018, C/10/558112/KG RK 18-1174, ECLI:NL:RBROT:2018:9770.

124. Oberlandesgericht Innsbruck, 07.05.2019, 10 R 25/19f, ECLI:AT:OLG0819:2019:01000R00025.19F.0507.000.

125. Juzgado Primera Instancia No 8 de Palma de Mallorca, 16.03.2018, Auto No 67/2018.

126. B. Hess, «Art. 12 EuKtPVO» en Schlosser y Hess (eds.), *EU-Zivilprozessrecht* (2021), párrafo 3; K. Hilbig-Lugani, «Artikle 12 EuKoPfVO» en W. Krüger y T. Rauscher (eds.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* (C.H. Beck 2017), párrafo 7; C. F. Nordmeier and J. Schichmann, «Der Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung» (2017) RIW 407, 412.

127. 3(1) Ley 54/2017 sobre la orden europea de bloqueo de cuentas y sobre la modificación de la Ley del Consejo Nacional Eslovaco núm. 71/1992 Col. sobre las tasas judiciales y la tasa por un extracto del registro de antecedentes penales, en su versión modificada (*Zákon 54/2017 o európskom príkaze na zablokovanie* účtov *a o doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 71/1992 Zb. o súdnych poplatkoch a poplatku za výpis z registra trestov v znení neskorších predpisov*).

128. Algo que el TJUE ha reiterado en varias ocasiones: Asunto C-215/88, 13 de julio 1989, *Casa Fleischhandel*, ECLI:EU:C:1989:331, para. 31; Asunto C-162/97, 19 de noviembre de 1998, *Nilsson*, ECLI:EU:C:1998:554, para. 54.

tablecer la caución puede ser un obstáculo para los jueces a la hora de establecer la caución.[129] El tercio de la cuantía de litigio se trata al menos de una referencia concreta. Hubiese sido interesante que el preámbulo fijase de forma orientativa un porcentaje mínimo y máximo de la cuantía de la OERC entre los que tendría que oscilar la caución. Ello permitiría, si bien no alcanzar total uniformidad en la cuantía de la caución, si al menos evitar las disparidades que se han venido observando un Estado miembro a otro en cuanto al porcentaje empleado para calcularla.

5.2. Finlandia y la apelación de la decisión sobre caución

La legislación finlandesa sobre la OERC establece que la decisión a través de la cual se le exige a los acreedores la caución no puede ser recurrida de forma separada de la resolución en la que se rechaza la solicitud de la OERC.[130] Surge la pregunta de si entraba dentro de las competencias del legislador finlandés la posibilidad de limitar el recurso de la decisión sobre la caución o no. ¿Se trata de uno de esos aspectos procesales que en base Artículo 46 han de ser establecidos por el Derecho nacional? Para un sector de la doctrina sí.[131] Si bien el Reglamento OERC establece que los deudores pueden recurrir la decisión relativa a la caución,[132] no reconoce de forma expresa lo mismo para los acreedores. Esta diferencia de trato entre acreedores y deudores podría sugerir que el recurso de los acreedores contra la decisión sobre la caución no es una cuestión abordada por el Reglamento OERC,[133] que dependería del Derecho de los Estados miembros. De acuerdo con esta interpretación, los legisladores nacionales como el finlandés estarían legitimados para reconocer o limitar la posibilidad de recurrir la decisión relativa a la caución.

Un segundo grupo de autores considera que el recurso general de apelación del Artículo 21 se podría emplear contra la decisión judicial relativa la caución.[134] El texto del Artículo 21 establece que los acreedores pueden «recurrir toda resolución del órgano jurisdiccional que haya desestimado, en su totalidad o en parte, su solicitud de orden de retención». Una interpretación literal de este excluiría de su

---

129. Un problema que ha venido experimentado el Tribunal de Distrito de Luxemburgo (*Tribunal d'arrondissement de et a Luxembourg*): Santaló Goris y Van Den Eeckhout (n 94), 296.

130. Parágrafo 3(1) Ley 17/2017 del procedimiento de orden europea de protección de fondos en cuenta (*Laki 17/2017 eurooppalaisesta tilivarojen turvaamismääräysmenettelystä*).

131. Hilbig-Lugani (n 126), párrafo 10; F. Mohr, *Die vorläufige Kontenpfändung. EuKoPfVO* (LexisNexis 2014), párrafo 200; M. L. Villamarín López, «La responsabilidad del acreedor en el Reglamento 655/2014, sobre la Orden Europea de Retención de Cuentas» (2020) 12 Cuadernos de Derecho Transnacional 1470, 1474.

132. Art. 33(2) Reglamento OERC.

133. Villamarín López (n 131), 1474.

134. Peiteado Mariscal (n 120), párrafo 12.21; Nordmeier and Schichmann (n 126), 412; Trenker (n 120), párrafo 19; D. Wiedemann,«Artikel 12 EU-KpfVO» en T. Rauscher (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht* (Otto Schmidt 2021), párrafo 21.

ámbito de aplicación los recursos contra las decisiones sobre la caución, ya que una decisión sobre la caución no encaja en una resolución rechazando una OERC. Sin embargo, existen razones de uniformidad y celeridad por las cuales resulta conveniente hacer una interpretación del artículo 21 desligada del tenor literal de su texto.[135] Si se permitiese usar el recurso de apelación del artículo 21 contra la decisión sobre la caución, todos los acreedores, independientemente del Estado miembro donde solicitan la OERC, podrían recurrir la caución.[136] Además si el acreedor no pudiese recurrir de forma inmediata la resolución relativa la caución porque el Derecho nacional no lo permitiese, este tendría que esperar a que la OERC fuese rechazada para poder contestar la caución.[137] Únicamente durante el recurso de apelación contra la decisión rechazando la solicitud de la OERC, el acreedor podría expresar su oposición a la caución fijada por el tribunal.[138] Dada la urgencia que acompaña la solicitud de la OERC,[139] lo ideal sería que el acreedor pudiese manifestar al tribunal sus discrepancias con la caución lo antes posible.[140]

Existe una postura intermedia entre los autores que defienden que el recurso de apelación del Artículo 21 abarca las decisiones judiciales relativas a la caución y los que consideran que es una cuestión que depende del Derecho nacional. Conforme a esta postura, el recurso del Artículo 21 se podría usar únicamente cuando el acreedor hiciese algún tipo de petición acerca de la caución en la solicitud de la OERC.[141] Por ejemplo, cuando el acreedor solicitase quedar exento de la caución porque no dispone de recursos suficientes para proporcionarla.[142] Si pese a la petición del acreedor, el tribunal considerase la caución necesaria, entonces se podría entender que la decisión exigiendo la caución constituye un rechazo parcial a la

135. Peiteado Mariscal (n 120), párrafo 12.20.

136. *Ibid.*

137. *Ibid.*

138. El legislador finlandés entendió que como el Reglamento OERC solo preveía un recurso contra la decisión rechazando la solicitud de la OERC, únicamente era posible ese recurso por parte del acreedor. Para reforzar esta interpretación, decidió establecer en la ley sobre la OERC que no cabía recurrir de forma separada la decisión relativa a la caución: Propuesta del Gobierno 109/2016 al Parlamento como ley sobre el procedimiento de la orden europea de forma separada (*Hallituksen 109/2016esitys eduskunnalle laiksi eurooppalaisesta tilivarojen turvaamismääräysmenettelystä*), 52.

139. Art. 7(1) Reglamento OERC.

140. Peiteado Mariscal (n 120), párrafo 12.21.

141. En el formulario para solicitar la OERC contiene una sección específica para que los acreedores puedan indicar las razones por las que consideran que han de estar exentos de la proporcionar una caución: Sección 11, Anexo I Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1823 de la Comisión, de 10 de octubre de 2016, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n.° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, C/2016/6339, OJ L 283, 19.10.2016, p. 1–48.

142. Considerando 18 Reglamento OERC.

solicitud de la OERC.[143] Ello permitiría al acreedor emplear el recurso del artículo 21 contra esa decisión. No obstante, si el acreedor no hiciese ningún tipo de manifestación sobre caución en la solicitud de la OERC, pero a posteriori se mostrase en desacuerdo con la decisión del tribunal requiriendo la caución, ya no se podría servir del recurso del Artículo 21. Dependería de lo que estableciese el Derecho del Estado miembro donde se solicitase la OERC.[144] Esta interpretación produce un resultado más uniforme frente al alcanzado de considerar que el recurso contra la depende enteramente del Derecho nacional. Aun así, la fragmentación perdura en aquellos supuestos en los que el Artículo 21 no ofrezca la posibilidad de recurrir la decisión contra la caución.

En la práctica, que un acreedor pueda o no presentar un recurso contra la decisión sobre la caución dependerá de la interpretación que hagan los tribunales nacionales del Artículo 21, así como de las posibilidades que ofrezca el Derecho nacional. Sería preferible una reforma el texto del Artículo 21 para que este mencionase de forma expresa que la decisión sobre la caución puede ser recurrida.[145] Esta solución aseguraría que cualquier acreedor, independientemente del Estado miembro donde se solicitase la OERC, tuviese la oportunidad de recurrir la decisión sobre la caución.

5.3. Suecia, Letonia y la caución sustitutoria

Una vez que la OERC ha sido ejecutada, los deudores pueden solicitar la liberación de los fondos retenidos mediante la prestación de una caución sustitutoria a través del procedimiento establecido en el Artículo 38. De acuerdo con la ley sueca sobre la OERC, antes de que la caución sustitutoria sea aceptada por el tribunal, se le tiene que dar al acreedor la oportunidad presentar alegaciones.[146] De forma similar, la legislación letona sobre la OERC expresa que la resolución sobre la petición tiene que ser el resultado de un procedimiento en el que se le dé audiencia a ambas partes.[147]

---

143. E. Vallines García, «Article 21» en E. D'Alessandro y F. Gascón Inchausti (eds.), *Commentary on the European Account Preservation Order* (Edward Elgar 2022), párrafo 21.08.

144. *Ibid*, 21.08.

145. También podría darse el caso de que el tribunal nacional plantease una cuestión prejudicial preguntando al TJUE si se puede emplear el recurso del Artículo 21 contra las resoluciones judiciales sobre la caución y que este responda afirmativamente. Sin embargo, se trata de un escenario hipotético, y dado el escaso número de solicitudes sobre la OERC, resulta improbable: Buzzoni y Santaló (n 64), 64 – 65. Además, el TJUE podría interpretar de forma restrictiva el recurso de apelación de la OERC tal y como hizo con el mecanismo de revisión en casos excepcionales del PME: Asuntos acumulados C-119/13 y C-120/13, 4 de septiembre de 2014, *eco cosmetics*, ECLI:EU:C:2014:2144, apartado. 49; Asunto C-21/17, 6 de septiembre de 2018, *Catlin Europe*, ECLI:EU:C:2018:675, apartado. 54.

146. Parágrafo 12 Ley (2016:757) sobre incautación de fondos bancarios dentro de la UE (*Lag (2016:757) om kvarstad på bankmedel inom EU*).

147. Art. 644(36)(3) Código Procesal Civil Letón (*Civilprocesa likums*).

La solución adoptada por los legisladores letón y sueco contraviene la postura de un sector de la doctrina que entiende que la decisión sobre la petición de la caución sustitutoria ha de ser adoptada *inaudita altera parte*. En este sentido, *Mohr* considera que cuando el Artículo 38 dice que «la prestación de la garantía sustitutoria será notificada al acreedor con arreglo al Derecho nacional», está implícito que el acreedor ha de ser notificado únicamente cuando la caución sustitutoria haya sido constituida.[148] *Senés Motilla* llega a la misma conclusión siguiendo un razonamiento diferente. El título del Artículo 38 habla de «derecho a prestar la caución sustitutoria». Para esta autora, al hablar del derecho a prestar y no del derecho solicitar la prestación de la caución sustitutoria,[149] no se trataría de una «posibilidad procesal del sujeto pasivo de la medida cautelar». El tribunal estaría vinculado por la solicitud de la caución sustitutoria. Por lo tanto, la audiencia del acreedor no sería necesaria. El régimen de la caución sustitutoria de la OERC contrastaría con el del procedimiento cautelar civil español, donde sí se requiere que se le dé audiencia a ambas partes.[150]

Por el contrario, para *Cuniberti* y *Migliorini* que se le dé audiencia al acreedor o no es una cuestión que depende del Derecho nacional de los Estados miembros.[151] Estos autores reconocen que el texto del Artículo 38 Reglamento OERC parece sugerir que la decisión sobre la caución sustitutoria ha de ser adoptada *inaudita altera parte*,[152] a la vez que ven injustificado que el acreedor sea privado de su derecho a ser oído.[153]

Una interpretación sistemática del Reglamento OERC también refuerza la idea de que la audiencia del acreedor es uno de esos aspectos procesales que han de resolverse en base al Derecho nacional. En otras partes del Reglamento OERC se dice de forma expresa si se le ha de dar audiencia a ambas partes o no. Por ejemplo, el ya referido recurso de apelación contra la decisión rechazando completamente una solicitud de OERC «se conocerá *inaudita parte*».[154] Sin embargo, los recursos de los

---

148. F. Mohr, *Die vorläufige Kontenpfändung* (LexisNexis 2014), párrafo 443. También en este sentido: M. Mann-Kommenda, «Artikle 38 EuKoPfVO» en A. Geroldiger y M. Neumayr (eds.), IZVR. *Praxiskommentar Internationales Zivilverfahrensrecht* (LexisNexis 2021), párrafos 7 – 8.

149. Senés Motilla (n 5), 253. Por el contrario, el Preámbulo del Reglamento OERC dice que «el deudor debe tener derecho a solicitar la liberación de los fondos retenidos si aporta una caución sustitutoria apropiada» (Considerando 35 del Reglamento OERC).

150. Art. 747(1) Ley de Enjuiciamiento Civil.

151. G. Cuniberti y S. Migliorini, *The European Account Preservation Order Regulation: A Commentary* (Cambridge University Press 2018), 307.

152. *Ibid*.

153. *Ibid*.

154. Art. 21(2) Reglamento OERC. No obstante, si la OERC fuese rechazada parcialmente se le podría dar audiencia a ambas partes si así lo estableciese el Derecho nacional: D. Wiedemann, «Art. 21 EU-KpfVO» in T. Rauscher (ed.), *EuZPR-EuIPR*: *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht* (Otto Schmidt 2022), párrafo 4.

que dispone el deudor contra la OERC o su ejecución se resolverán «después de haber dado a ambas partes la posibilidad de presentar alegaciones».[155] La falta de un tratamiento similar de la audiencia del acreedor en el Artículo 38 parece sugerir que la audiencia del acreedor en el procedimiento para obtener una caución sustitutoria no está siendo tratada por el Reglamento OERC. Por lo tanto, dependería del Derecho de cada Estado miembro. Una interpretación así, legitimaría la posibilidad de que esta cuestión sea tratada en la legislación nacional sobre la OERC, tal y como se hizo en Letonia y Suecia.

La ambigüedad en la que fue redactado el Artículo 38 es la causa de que existan dos lecturas sobre si le puede dar audiencia al acreedor o no. Una redacción más clara, ya fuese establecer o excluir de forma expresa la audiencia del acreedor, hubiese sido preferible. Así al menos se evitaría que el derecho del acreedor a presentar alegaciones sobre la petición de una caución sustitutoria variase de un Estado miembro a otro, incrementando la fragmentación en la que se aplica el Reglamento OERC a lo largo de la UE.

6. Conclusión

La legislación nacional a través de la que se implementa la OERC constituye un elemento esencial para asegura un funcionamiento adecuado del Reglamento OERC dentro de cada Estado miembro. Es la bisagra entre la OERC y los sistemas procesales civiles en los que opera. Si bien existe un riesgo de que dicha legislación pueda alterar el sentido original del Reglamento OERC, la práctica muestra que tales supuestos son residuales, por no decir anecdóticos. Además, todos coinciden con aspectos que no están claramente definidos dentro del propio Reglamento OERC. Deberían servir de guía al legislador europeo para saber dónde cabe mejorar la OERC, especialmente ahora que ya ha pasado el plazo de cinco años para que la Comisión Europea comience a considerar si una reforma del Reglamento OERC es o no necesaria.[156] Algunas de las leyes nacionales sobre la OERC parecen sugerir que sí lo es.

7. Bibliografía

Antón Juárez, I., *Litigación internacional en la Unión Europea III: La Orden Europea de Retención de Cuentas* (Aranzadi 2018).

Buzzoni, M., y Santaló Goris, C., Report on Practices in Comparative and Cross-

155. Art. 36(3) Reglamento OERC.

156. Art. 53(1) Reglamento OERC.

Border Perspective (2022), disponible en: <https://efforts.unimi.it/wp-content/uploads/sites/8/2022/07/Report-on-Practices-in-Comparative-and-Cross-Border-Perspective-1.pdf> visitado el 15 de julio de 2022.

CORDÓN MORENO, F., «La Orden Europea de Retención de Cuentas en un proceso seguido en España: ¿naturaleza cautelar o ejecutiva?» (2017) 69(2) Revista Española de Derecho Internacional 301.

CUNIBERTI, G., y MIGLIORINI, S., *The European Account Preservation Order Regulation: A Commentary* (Cambridge University Press 2018).

DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «La orden europea de retención de cuentas» (2014) 1(4) Revista de Derecho Civil (2014).

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización* (Marcial Pons 2018).

GASCÓN INCHAUSTI, F., «Article 11: Ex parte procedure» en E. D'Alessandro y F. Gascón Inchausti (eds.), *The European Account Preservation Order - A Commentary on Regulation (EU) No 655/2014* (Edward Elgar 2022).

HAU, W., «Overcoming Follow-Up Fragmentation through Bottom-Up Harmonisation?» en A. Nylund y M. Strandberg (eds.), Civil Process and Harmonization of Law (Intersentia 2019).

HESS, B., and RAFFELSIEPER, K., «Die Europäische Kontenpfändungsverordnung: Eine überfällige Reform zur Effektuierung grenzüberschreitender Vollstreckung im Europäischen Justizraum» (2015) Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 46.

HESS, B., «Towards a more coherent EU framework for the cross-border enforcement of civil» en J. VON HEIN y T. KRUGER (eds.), *Informed Choices in Cross-Border Enforcement. The European State of the Art and Future Perspectives* (Intersentia 2021).

HESS, B., «Art. 12 EuKtPVO» in Schlosser and B. Hess (eds.), *EU-Zivilprozessrecht* (2021).

HILBIG-LUGANI, K., «Artikle 12 EuKoPfVO» en W. KRÜGER y T. RAUSCHER (eds.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* (C.H. Beck 2017).

HILBIG-LUGANI, K., «Artikle 14 EuKoPfVO» en W. KRÜGER y T. RAUSCHER (eds.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (C.H. Beck 2017).

HILBIG-LUGANI, K., «Artikle 46 EuKoPfVO» in T. KRÜGER y T. RAUSCHER (eds.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3* (C.H.BECK 2022).

HOEVENAARS J., y KRAMER, X., «Improving Access to Information in European Civil Justice» in J. von HEIN and T.KRUGER (eds.), *Informed Choices in Cross-Border Enforcement* (Intersentia 2021).

LAZOC, T., RADU A., y TUDURACHI, A., «The EAPO: Icarus» Wings or Medusa's Gaze» (2022) Themis Annual Journal (en imprenta).

ONŢANU, E. A., *Cross-Border Debt Recovery in the EU. A Comparative and Empirical Study on the Use of the European Uniform Procedures* (Intersentia 2017).

MANN-KOMMENDA, M., «Art 12 EuKoPfVO» en A. GEROLDIGER y N. MATTHIAS (eds.), IZVR Praxiskommentar Internationales Zivilverfahrensrecht (LexisNexis 2021).

Mann-Kommenda, M., «Artikle 38 EuKoPfVO» en A. Geroldiger y M. Neumayr (eds.), IZVR. Praxiskommentar Internationales Zivilverfahrensrecht (LexisNexis 2021),

Mohr, F., *Die vorläufige Kontenpfändung. EuKoPfVO* (LexisNexis 2014).

Nordmeier, C. F., and Schichmann, J., «Der Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung» (2017) Recht der Internationalen Wirtschaft 407.

Peiteado Mariscal,P., «Article 12: Security to be provided to the creditor» en E. D'Alessandro y F. Gascón Inchausti (eds.), The European Account Preservation Order - A Commentary on Regulation (EU) No 655/2014 (Edward Elgar 2022).

Piédelièvre, S., «La saisie européenne des comptes bancaires: à propos de la proposition de règlement européen» en J. Attard, M. Dupuis, M. Laugier, V. Sagaert y D. Voinot (eds.), *Un recouvrement de créances sans frontières?* (Larcier 2013).

Raffelsieper, A.K., *Die Rückabwicklung der vorläufigen Vollstreckung im nationalen und europäischen Zivilprozessrecht* (Nomos 2018).

Requejo Isidro, M., «La ejecución sin exequátur. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo III» (2015) 67(2) Revista Española de Derecho Internacional 49.

Santaló Goris, C., «The implementation at the national level of the bank account information mechanism under the EAPO Regulation: a comparative analysis» (2020) 12(1) Cuadernos de Derecho Transnacional 386.

Santaló Goris, C., and V. Van Den Eeckhout, «Luxembourg» en J. von Hein y T. Kruger (eds.), *Informed Choices in Cross-Border Enforcement: The European State of the Art and Future Perspectives* (Intersentia 2021).

Santaló Goris, C., « A centralized court for the EAPO Regulation in the Czech Republic?» <https://conflictoflaws.net/2021/ a-centralized-court-for-the-eapo-regulation-in-the-czech-republic/> visitado en 15 de agosto de 2022

Schumann Barragán, G., «Article 20: Duration of the preservation» en Elena D'Alessandro y Fernando Gascón Inchausti (eds.), *The European Account Preservation Order - A Commentary on Regulation (EU) No 655/2014* (Edward Elgar 2022).

Senés Motilla, C., *La orden europea de retención de cuentas* (Aranzadi 2015).

Senés Motilla, C., «Tutela cautelar del crédito trasnfronterizo: la orden europea de retención de cuentas» en V. Pardo Iranzo (coord.), *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea* (Tirant lo Blanch 2016).

Trenker, M., «Art. 12 EuKoPfVO» en H. Schumacher, B. Köllensperger y M. Trenker (eds.), *Kommentar zur EU-Kontenpfändungsverordnung EuKoPfVO* (MANZ 2017).

Vallines García, E., «Article 21» en E. D'Alessandro y F. Gascón Inchausti (eds.), Commentary on the European Account Preservation Order (Edward Elgar 2022).

Villamarín López, M. L., «La responsabilidad del acreedor en el Reglamento 655/2014, sobre la Orden Europea de Retención de Cuentas» (2020) 12 Cuadernos de Derecho Transnacional 1470.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «Harmonisation of the Rules on Protective Measures. The European Account Preservation Order» en F. GASCÓN INCHAUSTI y B. HESS (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure: Coordination or Harmonisation?* (Intersentia 2020).

WIEDEMANN, D., «Artikel 12 EU-KpfVO» en T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht* (Otto Schmidt 2021).

WIEDEMANN, D., «Artikel 14 EU-KPfVO» en T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl* (Otto Schmidt 2022).

WIEDEMANN, D., «Artikel 21 EU-KPfVO» en T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl* (Otto Schmidt 2022).

Capítulo 16 | Acciones colectivas y Derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español

*Fernando Gascón Inchausti**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ¿EXISTE REALMENTE UN «MODELO EUROPEO» DE TUTELA COLECTIVA? 2.1. Vectores en la evolución de la actividad legislativa europea respecto de la tutela colectiva de los consumidores. 2.1.1. *Armonización muy intensa de las normas sustantivas en materia de consumo.* 2.1.2. *Reforzamiento de la posición procesal de los consumidores en litigios individuales.* 2.1.3. *Promoción de la tutela colectiva de los derechos de los consumidores* 2.2. El resultado de la evolución: el panorama tras la Directiva. 2.2.1. *La tutela colectiva se ciñe al ámbito del consumo.* 2.2.2. *No se ha diseñado un modelo procedimental.* 2.2.3. *Un leitmotiv recurrente: evitar abusos.* 2.2.4. *Legitimación activa limitada y controlada.* 3. EL IMPACTO REAL DE LA DIRECTIVA SOBRE EL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL: ¿MÁS DE LO QUE SE PENSABA? 3.1. Una primera lectura: ¿encaja el «sistema» de la LEC en el «modelo» de la Directiva? 3.2. Una visión más detenida: la transposición de la Directiva como una oportunidad para la mejora del sistema español de acciones colectivas. 3.2.1. *Los poderes del tribunal.* 3.2.2. *El modelo de tutela colectiva resarcitoria.* 3.2.3. *La legitimación para el ejercicio de acciones colectivas.* 3.2.4. *El diseño procedimental.* 3.2.5. *Transacciones colectivas.* 3.2.6. *Cumplimiento y ejecución.* 3.2.7. *Financiación.* 4. ALGUNAS CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

La actividad del legislador europeo en materia procesal civil se ha proyectado también sobre los mecanismos de tutela colectiva de los derechos e intereses de los consumidores. Es, además, una materia en la que la aprobación por la Unión Europea del último texto normativo ha sido muy reciente: se trata de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colecti-

* Catedrático de Derecho Procesal — Universidad Complutense de Madrid — Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) — fgascon@ucm.es

vos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE[1] (la Directiva o DARC, en lo sucesivo). En el momento de escribir estas páginas la DARC no ha sido aún traspuesta: la incorporación a los ordenamientos nacionales habrá de producirse antes del 25 de diciembre de 2022 (art. 24.1), aunque solo resultará aplicable a partir del 25 de junio de 2023 (art. 22.1).

En este sector concreto, por tanto, abordar el impacto de la legislación europea sobre nuestro sistema no puede desvincularse de analizar los retos y oportunidades que suscita la trasposición de la Directiva, teniendo en cuenta que ya contamos con una regulación previa que establece mecanismos para la tutela colectiva de los derechos de los consumidores. A tal fin, se analizará en primer término el modelo de tutela colectiva que se deduce de la legislación europea, a la luz de la evolución seguida hasta llegar a la Directiva (epígrafe 2). Sobre esa base, se verificará después hasta qué punto la situación legal actual del sistema procesal español es ya de por sí compatible con la Directiva y cuáles han de ser, en su caso, los deberes que nos impone y las oportunidades que nos brinda su trasposición (epígrafe 3).

2. ¿Existe realmente un «modelo europeo» de tutela colectiva?

El legislador europeo ha establecido, especialmente a través de la DARC, una serie de elementos que definen su visión acerca de cómo ha de procederse a la tutela colectiva de los derechos de los consumidores. No estoy seguro de que esos elementos sean suficientes para hablar de un genuino «modelo europeo» de tutela colectiva, pues tampoco es sencillo definir qué se entiende por «modelo», singularmente en el ámbito procesal. Sea como fuere, la situación normativa que ha generado la DARC —en sí misma, pero también en términos de impacto sobre los derechos procesales nacionales— solo se puede entender en el contexto de la evolución que ha experimentado la legislación europea en relación con la protección de los consumidores.

2.1. Vectores en la evolución de la actividad legislativa europea respecto de la tutela colectiva de los consumidores

La aprobación de la DARC supone el cierre de un proceso lento y complejo de elaboración normativa en el seno de las instituciones europeas. En la DARC confluyen tres vectores diferentes, que no han discurrido de forma necesariamente sucesiva, pero que tienen un elemento en común: la vinculación con la protección de los consumidores como eje vertebrador de la acción normativa de la Unión. Se llega,

1. DOUE L 409, de 4 de diciembre de 2020, pp. 1-27.

por tanto, a una norma tan compleja como la DARC porque se pretende ofrecer el máximo grado de tutela a los derechos de los consumidores, no porque se tenga un interés abstracto en disponer de herramientas de tutela colectiva armonizadas.

2.1.1. *Armonización muy intensa de las normas sustantivas en materia de consumo.*

El primer vector de actuación ha sido el reconocimiento de un estatus jurídico para los consumidores desde el punto de vista sustantivo: se trata de atribuirles derechos frente a empresarios y profesionales que van más allá de lo que resultaría de la mera aplicación de las normas civiles sobre obligaciones y contratos. En este sentido, las instituciones europeas han ido desarrollando desde la década de los años 80 del siglo anterior un extenso *corpus* normativo —directivas y reglamentos— dirigido a proteger a los consumidores, reconociéndoles derechos frente a empresarios y profesionales en los más variados sectores de la actividad económica y de la contratación. Puede así decirse que el Derecho de consumo de los Estados miembros es una parcela del ordenamiento de regulación primordialmente europea y en permanente construcción, pues los avances se producen de forma sectorial y a medida que lo van exigiendo las nuevas realidades (como puede apreciarse en fechas recientes en relación con los derechos digitales).

2.1.2. *Reforzamiento de la posición procesal de los consumidores en litigios individuales.*

En paralelo al reconocimiento de derechos sustantivos, el legislador europeo también ha querido reforzar la posición procesal de los consumidores, consciente de que en caso de incumplimiento y de conflicto se genera una situación de asimetría que ha de compensarse. Tratándose de litigios individuales —que enfrentan a consumidores con empresarios—, se prevén en las normas sustantivas desplazamientos o inversiones de las cargas probatorias, destinadas a facilitar el éxito de las reclamaciones. Pero, sobre todo, se contemplan reglas estrictamente procesales cuyo objetivo es eliminar algunos de los obstáculos a los que se enfrenta el consumidor decidido a reclamar aquello a lo que cree tener derecho. Así, desde el Convenio de Bruselas de 1968 se han previsto fueros especiales en materia de consumo, que otorgan a los consumidores el derecho a «litigar en casa», tanto si son demandantes como si son demandados. Esta especial línea de protección procesal en los litigios transfronterizos se ha mantenido en instrumentos posteriores (v.g., a la hora de expedir un título ejecutivo europeo o un requerimiento de pago europeo frente a un consumidor).

Además, la protección a título individual de los consumidores se ha visto reforzada a través de una apuesta clara de las instituciones europeas por los sistemas de so-

lución alternativa de controversias: tras la directiva sobre ADR de consumo[2] los Estados miembros están obligados a asegurar la existencia de sistemas de solución extrajudicial de litigios que cumplan unos estándares elevados de calidad.[3]

2.1.3. *Promoción de la tutela colectiva de los derechos de los consumidores*

Resulta ocioso, en un trabajo de estas características, explicar las razones por las cuales son necesarios mecanismos de tutela colectiva de los derechos de los consumidores. También creo que se puede asumir sin demasiadas reticencias la distinción, dentro del complejo entorno de las acciones colectivas, entre aquellas que tienen contenido cesatorio (*lato sensu*) y las que tienen un alcance indemnizatorio o resarcitorio.[4] En ambos casos se pretende, a través de un solo proceso, la tutela de derechos o intereses que trascienden lo puramente individual, aunque se haga de forma diversa.

Las acciones de cesación benefician de forma global a los consumidores que se veían afectados por una práctica o una conducta empresarial, en la medida en que quien venía llevándola a cabo deja de hacerlo y/o se abstiene de reiterarla. El impacto sobre los individuos es, por tanto, indirecto o reflejo, pero indudablemente positivo. Si la acción es resarcitoria, en cambio, se pretende que el empresario o profesional sea condenado a realizar prestaciones en beneficio de una pluralidad de consumidores (v.g., el pago de sumas de dinero o la sustitución de un producto defectuoso por otro de calidad) o, en otros casos, que se cree, se modifique o se extinga una pluralidad de relaciones jurídicas individuales que ligan al empresario o profesional con una pluralidad de consumidores (v.g., que se resuelvan determinados tipos de contrato).

El legislador europeo afrontó de manera temprana y sin excesivas dificultades la regulación de las acciones de cesación de impacto colectivo. En efecto, se aprobó

---

2. 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 por la que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) (DO L 165, de 18 de junio de 2015, pp. 63-79).

3. Sobre esto, por todos, cfr. M.L. Villamarín López, «On minimum standards in Consumer ADR», en R. Caponi, F. Gascón Inchausti, M. Stürner (eds.), *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice. New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013*/11, Sellier, Munich, 2015, pp. 131-148. P. Cortés, 'The New Landscape of Consumer Redress: The European Directive on Consumer Alternative Dispute Resolution and the Regulation on Online Dispute Resolution', en P. Cortés (ed.) *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution,* Oxford University Press, 2016, pp. 17-40, esp. pp. 22-27.

4. Sobre esta cuestión, cfr. por todos J. López Sánchez, «Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos* (I. Díez-Picazo Giménez, J. Vegas Torres, coords.), Madrid, 2016, Vol. I, pp. 1883-1913; del mismo autor, «De la colectivización de acciones individuales a la tutela colectiva inhibitoria y de control abstracto de licitud», en J.F. Herrero Perezagua (dir.), *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 173-202.

en 1998 una primera directiva[5], gracias a la cual los Estados miembros se vieron forzados a introducir en sus ordenamientos acciones cesatorias e inhibitorias frente a conductas lesivas de los derechos de los consumidores. En 2009 el sistema fue objeto de ciertas adaptaciones y mejoras a través de una nueva directiva[6], aunque se mantuvo la limitación en cuanto al contenido de la tutela que podía dispensarse por esta vía: cesaciones y prohibiciones impuestas a los profesionales en beneficio de los consumidores, pero no prestaciones positivas y concretas a favor de estos.

En cuanto a las acciones colectivas de contenido resarcitorio o indemnizatorio, la acción normativa ha sido más compleja y laboriosa[7]. El punto de partida puede establecerse en el Libro Verde «Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia»[8], publicado por la Comisión en diciembre de 2005. Se planteaba en él la posibilidad de proteger mediante acciones colectivas los derechos de consumidores y compradores que tuvieran pequeñas reclamaciones, aunque tan solo en el ámbito de las acciones por daños *antitrust*. La Comisión avanzó en la iniciativa aprobando en abril de 2008 el Libro Blanco «relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia»[9], en el que se mantenían las vías de recurso colectivo como instrumento para un *private enforcement* más efectivo. Pocos meses después (todavía en 2008), la Comisión presentó un nuevo Libro Verde «sobre recurso colectivo de los consumidores»[10], pero desligando las acciones colectivas del ámbito de los daños *antitrust*[11], con la finalidad de ofrecer a las primeras un marco más general de aplicación.

El 4 de febrero de 2011 la Comisión Europea lanzó una Consulta Pública con el título «Hacia un planteamiento europeo más coherente del recurso colectivo»,[12] con el objetivo de recabar perspectivas y opiniones adicionales. A ello le siguió, un año

---

5. 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 (DO L 166, 11.6.1998).

6. 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 (DO L 110, 1.5.2009).

7. Para un repaso general a la evolución de la política legislativa de la UE en materia de tutela colectiva cfr. R. MONEY-KYRLE, C. HODGES, «European Collective Action: Towards Coherence?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 19, 2012, pp. 477-504; C. HODGES, S. VOET, «Consumer Dispute Resolution Mechanisms: Effective Enforcement and Common Principles», en B. Hess and X. Kramer (eds.), *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2017, pp. 353-377, esp. pp. 369-372.

8. COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005.

9. COM(2008) 165 final, de 2 de abril de 2008.

10. COM(2008) 794 final, de 27 de noviembre de 2008.

11. La iniciativa para regular las acciones de daños por infracciones a las normas sobre competencia culminó, como es sabido, con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE (DO L 349, de 5 de diciembre de 2014, pp. 1-19), aunque sin previsión alguna en relación con la tutela colectiva de los derechos.

12. Documento SEC/2011/0173 FIN.

más tarde, la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo»[13], que sustancialmente refrendaba la labor desarrollada por la Comisión e instaba a la aprobación de normas vinculantes de carácter horizontal que reforzaran la tutela en sectores como el consumo.

Finalmente, el 11 de junio de 2013, se aprobó un texto básico, la Recomendación de la Comisión «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».[14] Se optó en aquel momento por una herramienta de *soft law*, no vinculante para los Estados miembros, que permitía al mismo tiempo a la Comisión presentar sus ideas nucleares en materia de tutela colectiva de los derechos[15]. Junto a un mantenimiento del acervo preexistente en materia de acciones de cesación, la Recomendación toma posición en relación con los aspectos cruciales de la tutela colectiva resarcitoria o indemnizatoria, que se pueden sintetizar en un rechazo poco disimulado de todo lo que pudiera evocar una adopción en suelo europeo de las *class actions* estadounidenses.[16] La Comisión recomienda a los Estados

13. 2011/2089(INI).

14. DO L 201, de 26 de julio de 2013, pp. 60-65.

15. Cfr., entre otros, *Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims* (2014), esp. pp. 11-60 (accesible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-5-2014_Statement_on_Collective_Redress_and_Competition_Damages_Claims.pdf); E. Silvestri, «Towards a common framework of Collective Redress in Europe? An Update of the latest Initiatives of the European Commission», *Russian Law Journal*, 1, 2013, pp. 46-56; A. Montesinos García, «Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR», REDUR 12, diciembre 2014, pp. 87-112 (accesible también en https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero12/montesinos.pdf); S. Corominas Bach, «Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la Recomendación de 11 de junio de 2013)», *Revista General de Derecho Europeo*, 34 (octubre 2014), pp. 1-30; A. Planchadell Gargallo, «Los retos de Europa ante la litigación colectiva», en I. Díez-Picazo Giménez, J. Vegas Torres (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Ramón Areces, Madrid, 2016, Vol. II, pp. 2615-2633; J. Sorabji, «Reflections on the Commission Communication on Collective Redress», *Irish Journal of European Law*, Vol. 17, 2014, pp. 62-76; S. Voet, «European Collective Redress: A Status Quaestionis», *International Journal of Procedural Law*, Vol. 4, 2014, pp. 97-128; C. Hodges, «Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Sqibb?», *Journal of Consumer Policy*, Vol. 37, 2014, p. 67-89; A. Biard, «Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds?», *ERA Forum*, Vol. 19, 2018, pp. 189-204; R. Mulheron, «A channel apart: why the United Kingdom has departed from the European Commission's Recommendation on class actions», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 14, 2015, pp. 36–65; S. Law, «Your Place? Mine? Or Theirs? A Legal and Policy-orientated Analysis of Jurisdiction in Cross-Border Collective Redress», en B. Hess, K. Lenaerts (eds.), *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2020, pp. 349-391, esp. p. 363-371.

16. La Recomendación, no obstante, también fue recibida con críticas: cfr. A. Stadler, «Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz in Europa - der Abschied von einem kohärenten europäischen Lösungsansatz?», *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2013-5, pp. 281-292; C.I. Nagy, «The European Collective Redress Debate after the European Commission's Recommendation: One Step Forward, Two Steps Back?», *Maastricht Journal of European and Comparative law*, 2015-4, pp 530-552; C. Meller-Hannich, «Kollektiver Rechtsschutz in Europa und Europäischer Kollektiver Rechtsschutz», *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2014-2, pp. 92-98; G. Barker, B.P. Freyens, «The economics of the

miembros que se decanten por establecer un sistema de participación o adhesión voluntaria (*opt-in*), al tiempo que les insta a establecer normas en materia de fijación de honorarios a los abogados que no incentiven este tipo de litigios, a prohibir los daños punitivos y a establecer límites y controles a la financiación por terceros.

La Recomendación de 2013, sin embargo, no produjo los efectos deseados. Tanto antes como después de su publicación los Estados miembros desarrollaron sus propias políticas en materia de acciones colectivas resarcitorias sin tener especialmente en cuenta las propuestas procedentes de la Comisión. No todos los Estados, de hecho, disponían de un sistema de acciones colectivas que incluyera aquellas de tipo resarcitorio[17] y, entre los que sí lo hacían, el panorama no era homogéneo en cuestiones básicas, como la legitimación activa, la dicotomía *opt-in*/*opt-out*,[18] el control judicial sobre el ejercicio de la acción o los efectos de una eventual resolución o acuerdo transaccional.

Esta situación incitó a la Comisión a dar un paso adelante y adentrarse en la senda de la aproximación de legislaciones y de la armonización forzosa, impulsando la elaboración de una directiva sobre acciones colectivas. El 11 de abril de 2018 la Comisión Europea lanzó el «New Deal for Consumers», un conjunto de medidas e iniciativas destinadas a reforzar desde ángulos muy diversos la protección de los consumidores, en el que se incluía una propuesta de directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los

---

European Commission's recommendation on collective redress», en E. Lein, D. Fairgrieve, M. Otero Crespo, V. Smith (eds.), *Collective redress in Europe: why and how?*, British Institute of International and Comparative Law, 2015, pp. 5-30.

17. Así se desprende del Informe sobre la aplicación de la Recomendación publicado por la Comisión el 25 de enero de 2018 [Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de 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 (2013/396/UE), COM(2018) 40 final). Para una visión comparada, cfr. C. HODGES, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*, Hart, 2008; D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, «Collective Redress Procedures — European Debates», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, 2009, pp. 379-409; V. HARSÁGI, C.H. VAN RHEE (eds.), *Multi-party redress mechanisms in Europe: squeaking mice?*, Intersentia, Cambridge, 2014; A. PLANCHADELL GARGALLO, *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 345-497; E.-M. KOWOLLIK, *Europäische Kollektivklage: Referenzrahmen fur ein Leistungsfähiges Europäisches Justizsystem*, Nomos, Baden-Baden, 2018.

18. En relación con este extremo, cfr. L. ERVO, «Opt-In is Out and Opt-Out is In: Dimensions Based on Nordic Options and the Commission's Recommendation», en B. Hess, M. Bergström, E. Storskrubb (eds.), *EU Civil Justice. Current issues and Future Outlook*, Hart. 2016, pp. 185-200.

consumidores[19]. La tramitación[20], bastante laboriosa, culminó el 25 de noviembre de 2020 con la aprobación de la Directiva.

2.2. El resultado de la evolución: el panorama tras la Directiva

La DARC tiene un contenido primordialmente procesal, pues su finalidad es forzar la existencia de herramientas de tutela al servicio de las normas materiales preexistentes en materia de consumo. Por otra parte, su aprobación se asienta sobre las competencias normativas de la Unión Europea en materia de mercado interior y consumo (arts. 114 y 169 TFUE); no se trata, por ello, de una herramienta para mejorar la cooperación judicial internacional en materia civil. Esto nos coloca ante una manifestación de lo que ha venido a llamarse armonización vertical[21], que se proyecta sobre los regímenes internos de tutela colectiva de manera directa, sin necesidad de que los asuntos revistan dimensión transfronteriza.

En este caso, además, la armonización ha tenido un alcance limitado: se trata del precio pagado para conseguir el consenso de los Estados miembros en una materia controvertida. En efecto, las acciones colectivas —en sentido genérico— suscitan muchos recelos, debido a la percepción de que pueden ser una suerte de «caballo de Troya» para la «americanización» de la justicia en Europa, con las distorsiones sobre el mercado y los abusos que se suelen asociar a dicho fenómeno.

El logro principal, sin duda, se ha producido en el terreno de la accionabilidad colectiva, pues se ha dado carta de naturaleza a las reclamaciones colectivas de alcance resarcitorio, con un contenido que depende del de los derechos infringidos.

---

19. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE [COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD)], accesible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1523948214440&uri=CELEX:52018PC0184. Para una primera aproximación a su contenido, cfr. A. Montesinos García, «La propuesta de directiva para la tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea», *Actualidad civil*, 2018-9; J. Martín Pastor, «La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación», en T. Armenta Deu, S. Pereira Puigvert (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pp. 93-120; A. Biard, X.E. Kramer, «The EU Directive on Representative Actions for Consumers: a Milestone or Another Missed Opportunity?», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2019-2), pp. 249-259; T. Domej, «Die geplante EU-Verbandsklagenrichtlinie — Sisyphos vor dem Gipfelsieg?», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2019-3), pp. 446-471.

20. El 26 de marzo de 2019 el Parlamento Europeo presentó su informe, con una serie de modificaciones de relevancia (Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2019, (COM(2018)0184 — C8-0149/2018 — 2018/0089(COD)). El Consejo, por su parte, aprobó el 28 de noviembre de 2019 su posición común, con importantes discrepancias (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_14600_2019_INIT&from=EN).

21. Cfr G. Wagner, «Harmonisation of Civil Procedure: Policy Perspectives», en X.E. Kramer, C.H. van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, Asser Press, La Haya, 2012, pp. 93-119.

Imponer la existencia de acciones colectivas de carácter resarcitorio puede verse, sin duda, como un logro importante, dadas las reticencias de varios Estados miembros[22]. No obstante, el margen de desarrollo posterior ofrecido a los Estados miembros es muy amplio y les permite minimizar considerablemente el impacto real del cambio —o, si se prefiere, les permite gestionarlo de forma que sea lo menos disruptivo posible.

La muestra más clara es la libertad ofrecida a los legisladores nacionales a la hora de diseñar la manera de vincular a los consumidores individuales con el proceso colectivo: caben tanto modelos de *opt-in* como modelos de *opt-out*, con diversas posibles gradaciones.[23] La tutela colectiva resarcitoria, por tanto, puede acabar quedando fuertemente «descafeinada», si así lo quieren los legisladores nacionales. El mensaje que se ha querido transmitir, en buena medida, es que en la mayoría de los Estados miembros que ya disponen de mecanismos de tutela colectiva no será preciso realizar grandes cambios para cumplir con las exigencias de la Directiva.

Debe recordarse igualmente que tampoco existe una vocación de exclusividad (art. 1.2 DARC), pues los legisladores nacionales pueden mantener o articular otros mecanismos de tutela de los derechos de los consumidores, de manera más o menos «colectiva», pero que no se ajusten a las exigencias de la DARC. Cuando se produzca, esa pluralidad de herramientas conducirá a una competencia entre ellas, que acabará resolviéndose a favor de aquella que sea percibida como más eficiente por los operadores jurídicos facultados para utilizarlas.

En definitiva, se percibe que la DARC no ha pretendido —o no ha logrado— establecer un modelo acabado y uniforme de tutela colectiva «a la europea», al menos en lo que se refiere a las acciones de contenido resarcitorio. Esto no obsta a que sí se pueden destacar una serie de rasgos definitorios, más allá de la ampliación de la accionabilidad colectiva.[24]

---

22. Acerca de las razones para esta renuencia, especialmente intensas en la doctrina alemana, cfr. A. BRUNS, «Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?», *Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol. 125, 2012, pp. 399-419; T. DOMEJ, «Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?», *Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol. 125, 2012, pp. 421-458; H. WILLEMS, «Bemerkungen zu den Brüsseler Gesetzgebungsplänen aus Sicht des Bundesverbands der Deutschen Industrie (BDI)», en C. Brömmelmeyer (ed.), *Die EU-Sammelklage, - Status und Perspektiven*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 17-20; A. STADLER, «Class Actions in den USA als Vorbild für Europa?», en C. Brömmelmeyer (ed.), *Die EU-Sammelklage, - Status und Perspektiven*, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 91-108. Resulta igualmente interesante la comparación entre el modo de afrontar los casos de daños masivos en los ordenamientos alemán y estadounidense que efectúa G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, «El 'dieselgate' ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva», *InDret*, 3-2020, pp. 26-58: el rechazo a la tutela colectiva resarcitoria obliga, en Alemania, a elaborar fórmulas complejas, que a menudo pasan por cesiones masivas de créditos.

23. Como excepción a esta libertad, el artículo 9.3 DARC impone el modelo *opt-in* para vincular a consumidores que tengan su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel en que se desarrolla el proceso.

24. He abordado esta cuestión con mucho más detalle en trabajos anteriores: cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI, «**¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?**», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020) Vol. 12, Nº

2.2.1. *La tutela colectiva se ciñe al ámbito del consumo*

La DARC solo contempla la utilización de herramientas de tutela colectiva para reaccionar frente a las infracciones cometidas por empresarios o profesionales que lesionen los intereses colectivos de los consumidores en cualquiera de los sectores sobre los que se haya proyectado la actividad normativa de las instituciones europeas (art. 2.1). Para evitar dudas, dicho marco se concreta en el Anexo a la DARC, que es amplísimo y buena muestra de los extensos sectores en que se reconocen derechos a las consumidores —incluida la protección de datos personales.[25] De forma paradójica, se han excluido los daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia, a pesar de que este fue el sector en el que primero se suscitó la conveniencia de que la Unión impulsara el recurso a acciones colectivas de contenido resarcitorio.[26] Y, al menos por el momento, se excluyen también otros sectores para los que, en abstracto, la litigación colectiva parece también un instrumento adecuado de tutela, como la protección del medio ambiente —que es materia sobre la que la Unión dispone de importantes competencias normativas.[27]

2.2.2. *No se ha diseñado un modelo procedimiental*

La DARC no contiene una propuesta medianamente cerrada o completa de proceso colectivo para la tutela de los consumidores, esto es, una suerte de «proceso colectivo europeo», equivalente al proceso europeo de escasa cuantía o al proceso monitorio europeo. Se tratan en la DARC aspectos diversos de la tutela colectiva de los consumidores, como la determinación de las entidades habilitadas para el ejercicio de acciones representativas en otros Estados miembros y las clases de tutela

---

2, pp. 1290-1323; https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5672; también en «A new European way to collective redress? Representative actions under Directive 2020/1828 of 25 November», *GPR-Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union – European Union Private Law Review – Revue de droit privé de l'Union européenne*, 2-2021, pp. 61-80.

25. En relación con la tutela colectiva frente a las infracciones a la normativa sobre protección de datos, cfr. A. Pato, «The Collective Private Enforcement of Data Protection Rights», en L. Cadiet, B. Hess, M. Requejo Isidro, *Privatizing Dispute Resolution. Trends and Limits*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 131-154; A. Pato, E. Rodriguez Pineau, «Acciones colectivas para la protección transfronteriza de datos personales», *International Journal of Procedural Law*, 2021-2, pp. 235-255; también M. Requejo Isidro, «La aplicación privada del derecho para la protección de las personas físicas en materia de tratamiento de datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679», *La Ley Mercantil*, Nº 42 (diciembre 2017).

26. Cfr. G. Bándi, P. Darák, P. Láncos, T. Tóth (eds.): *Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law (2016 FIDE Congress)*, Wolters Kluwer, Budapest, 2016; F. Weber, «'A chain reaction' or the necessity of collective actions for consumers in cartel cases», *Maastricht journal of European and comparative law*, 2018-2, pp. 208-230; D. Ashton, *Competition Damages Actions in the EU* (2ª ed.), Edward Elgar, 2018, pp. 281-351.

27. Estas pretensiones podrían sustentarse en los artículos 9.2 y 9.3 del Convenio de Aarhus y en la Directiva 2013\25, en los términos planteados por M. Eliantonio, «Collective Redress in Environmental Matters: A Role Model or a 'Problem Child'?», *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 41, 2014, p. 257-273; también E. De Luis García, «La tutela colectiva del medio ambiente», en A. Montesinos García (dir.), *La Tutela de los Derechos e Intereses Colectivos en la Justicia del Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 345-358, en pp. 353-357.

colectiva que se pueden solicitar de los tribunales —o, donde se pueda, de las autoridades administrativas. Se incluyen, igualmente, herramientas procesales, como las medidas de acceso a fuentes de prueba. Pero no se desprende del texto aprobado un mínimo esbozo de estructura procedimental común, ni «piezas procesales» homogéneas, como podría ser, v.g., un trámite específico de control judicial inicial para el ejercicio de la acción colectiva, al estilo de la *class certification order* de la regla 23(c)(1) de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses: la autonomía procesal de los Estados miembros en este punto es prevalente (Considerando 12)[28]. En diversos aspectos, de hecho, la DARC ofrece a los Estados miembros un amplio margen de acción; y ciertas previsiones, que pueden verse como más incisivas, se presentan como de adopción facultativa, de modo que no demandan necesariamente implementaciones a nivel nacional. La Directiva, asimismo, deja importantes flancos abiertos, a pesar de que en algunos casos su importancia ya había sido advertida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: es el caso, notoriamente, de la relación entre acciones colectivas e individuales y de los procesos paralelos en que se ejerciten unas y otras;[29] más clamoroso es el silencio en materia de ejecución. Finalmente, como se verá más adelante, también se advierte un fenómeno diverso: en algunos puntos, detalles de tipo aparentemente procedimental y/o menor pueden tener consecuencias de alcance inesperado.

2.2.3. *Un leitmotiv recurrente: evitar abusos*

Subyace a la regulación un *leitmotiv* evidente, que consiste en la preocupación por evitar que la litigación colectiva sea fuente de abusos. Se huye, pues, del modelo estadounidense de las *class actions* y de todo aquello que se le asemeje[30], que se considera una fuente de litigación abusiva, potencialmente distorsionadora del

---

28. Acerca del significado real de la autonomía procesal, cfr. S. LAW, J.T. NOWAK, «Procedural Harmonisation by the European Court of Justice: Procedural Autonomy and the Member States' Perspective», en F. Gascón Inchausti, B. Hess (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure: Coordination or Harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020, pp. 17-89; para una visión comparada en torno al modo en que la autonomía procesal se concibe en los diversos Estados miembros, cfr. B. KRANS, A. NYLUND (eds.), *Procedural Autonomy across Europe*, Intersentia, Cambridge, 2020.

29. En el asunto *Sales Sinués* (STJUE de 14 de abril de 2016). La solución entonces adoptada, sin embargo, no se ha trasladado al contenido normativo de la Directiva, sino únicamente a uno de sus considerandos, el 48: «Los Estados miembros deben establecer normas para la coordinación entre acciones de representación, acciones individuales ejercitadas por los consumidores y cualquier otra acción destinada a proteger los intereses individuales y colectivos de los consumidores tal como se disponga en el Derecho de la Unión y nacional. Las medidas de cesación ordenadas en el marco de la presente Directiva deben entenderse sin perjuicio de las acciones individuales para obtener medidas resarcitorias ejercitadas por consumidores perjudicados por la práctica objeto de las medidas de cesación».

30. En relación con esto, cfr. S. ISSACHAROFF, G.P. MILLER, «Will Aggregate Litigation come to Europe?», *Vanderbilt Law Review*¸ Vol. 62*,* 2009, pp. 179 y ss., esp. pp. 197-202; R. NAGAREDA, «Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism», 62 *Vanderbilt Law Review* (2009), pp. 1-52; acerca de la percepción de las class actions estadounidenses como posibles herramientas de extorsión, cfr. C. SILVER, «We're Scared to Death': Class Certification and Blackmail», 78 *New York University Law Review*, Vol. 78, 2003, pp. 1357-1430.

modelo económico-productivo europeo.[31] Así se explica que el acceso a fuentes de prueba esté alejado del mecanismo de *discovery*, que se rechacen los daños punitivos[32] o que deban establecerse instrumentos para poner fin lo antes posible a los procesos en que se ejerciten pretensiones infundadas. También obedece a este objetivo la voluntad de someter a control estricto la financiación del proceso por terceros y la aplicación general del principio de vencimiento objetivo en materia de costas —aunque con estas últimas previsiones, sin embargo, se corre el riesgo de provocar un déficit de financiación que impida una utilización real de estas herramientas procesales.[33]

2.2.4. *Legitimación activa limitada y controlada*

La Directiva se decanta por una legitimación de tipo extraordinario concentrada en una lista cerrada de entidades, sobre las que está previsto un fuerte control público. Las acciones de representación de la DARC solo las podrán interponer determinadas entidades —es decir, personas jurídicas— que deben haber sido «designadas»: i) de un lado, deben cumplir ciertos requisitos de los que se desprende un estándar de seriedad, rigor o «confiabilidad»; ii) de otro lado, se encomienda a entidades públicas la verificación de la concurrencia de estos requisitos.[34] Esta limitación de la legitimación es una herramienta clave para evitar el abuso o, si se prefiere, un uso indebido del sistema. Se excluye, igualmente, cualquier manifestación de espontaneidad y cualquier margen de acción a los individuos como posibles impulsores de acciones colectivas.[35]

---

31. Sobre la interrelación entre acciones colectivas y sistema económico cfr. D. Hensler, C. Hodges, I. Tzankova (eds.), *Class actions in context: How culture, economics and politics shape collective litigation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016.

32. Aunque una prohibición absoluta no es posible, pues son aceptables en los ordenamientos de algunos Estados miembros y, de hecho, ya se ha visto cómo no se han considerado incompatibles con el orden público a efectos de su reconocimiento y ejecución en algunos Estados miembros cuyos ordenamientos materiales no los admiten. Cfr., v.g., A. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 16ª ed., Granada, 2016, pp. 1426-1435; también E.C. Stiefel, R. Stürner, A. Stadler, «The enforceability of excessive U.S. punitive damage awards in Germany», *American Journal of Comparative Law*, 1991-4, pp. 779-802. El debate más reciente se está produciendo en Italia, como apunta E. D'Alessandro, «Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos», *Revista de Derecho Privado*, Nº. 34, 2018, pp. 313-326.

33. G. Calabresi, K. Schwartz, «The costs of class actions: allocation and collective redress in the US experience», *European journal of law and economics*, 2011-2, pp. 169-183; A. Stadler, «Abtretungsmodelle und gewerbliche Prozessfinanzierung bei Masseschäden», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2018-4, pp. 189-194; A. Cassone, G.B. Ramello (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, pp. 219-236.

34. En relación con las implicaciones de esta opción, cfr. R. Money-Kyrle, «Legal Standing in Collective Redress Actions for Breach of EU Rights: Facilitating or Frustrating Common Standards and Access to Justice?», en B. Hess, M. Bergström, E. Storskrubb (eds.), *EU Civil Justice. Current issues and Future Outlook*, Hart, 2016, pp. 223-254.

35. Se plantea siempre la duda de si debe incentivarse la actuación de estos sujetos o, por el contrario, debe desconfiarse de ellos: cfr. T. Eisenberg, G. Miller, «Incentive Awards to Class Action Plaintiffs: an Empirical

En puridad, el artículo 4.3 DARC solo enumera los requisitos que condicionan la designación como entidad habilitada para ejercer acciones colectivas de alcance transfronterizo, esto es, ante los tribunales de un Estado miembro distinto de aquel en el que está incorporada la entidad —algo que será probablemente excepcional—. Para las acciones de alcance puramente nacional la DARC no ha establecido requisitos uniformes de legitimación —no hay, por tanto, ni uniformidad ni armonización—, pero sí que exige que los Estados miembros establezcan controles previos a la designación y, de hecho, les insta a aplicar los que en ella se estipulan para las acciones transfronterizas.

3. El impacto real de la Directiva sobre el ordenamiento procesal español: ¿más de lo que se pensaba?

El panorama resultante tras la actividad normativa de las instituciones europeas en materia de acciones colectivas es impreciso. Aprobar una directiva que, más allá de la cesación, fuerza la regulación de acciones de carácter resarcitorio es un gran paso adelante, que en apariencia puede tener un impacto notable en los sistemas procesales nacionales de varios Estados miembros. Al mismo tiempo, con el argumento de evitar un uso abusivo o fraudulento de las acciones colectivas resarcitorias, se incluyen ciertas prevenciones o cautelas que pueden tener un alcance mayor del inicialmente contemplado. Ahora bien, quizá para tratar de compensar las repercusiones de lo anterior, son también muchos los elementos del sistema que se dejan a la voluntad o a la discreción de los Estados miembros, hasta el punto de generar la impresión de que la armonización es muy reducida y de que, en buena parte de los Estados miembros, serán precisos tan solo ajustes menores para adaptarse a las exigencias derivadas de la normativa europea. El objetivo de las páginas que siguen consiste en determinar hasta qué punto esta última afirmación es correcta en lo que atañe a España.

3.1. Una primera lectura: ¿encaja el «sistema» de la LEC en el «modelo» de la Directiva?

Es posible que la armonización llevada a cabo por el legislador europeo no haya sido especialmente intensa, dado que son muchos los elementos que se han dejado a la autonomía procesal de los Estados miembros. Resulta, sin embargo, más

---

Study», 53 *UCLA L. Rev.* 1303 (2005-2006). En general, sobre los diversos modelos posibles de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas, así como sobre sus ventajas e inconvenientes, cfr. I. TZANKOVA, «Legal standing in collective redress», en A. Stadler, E. Jeuland, V. Smith (eds.), *Collective and Mass Litigation in Europe. Model Rules for Effective Dispute Resolution*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 127-147.

cuestionable la afirmación de que el sistema de acciones colectivas vigente en nuestro país resulta conforme con la DARC.

En efecto, una lectura de trazo grueso permite concluir que cumplimos con dos de los grandes pilares del sistema europeo:

(i) Es posible, desde la entrada en vigor de la LEC, ejercitar acciones colectivas de contenido resarcitorio, sin más límites en su contenido que lo que se derive de las normas materiales aplicables.
(ii) El funcionamiento del sistema de tutela colectiva se sostiene en una legitimación extraordinaria restringida, que se ciñe a asociaciones de consumidores, entidades públicas con competencias para la defensa de los consumidores y Ministerio Fiscal, y que está igualmente cerrada al ejercicio de acciones por parte de individuos —con la excepción, si acaso, de la legitimación de los grupos de afectados, aunque se trata de una posibilidad inédita en la práctica—.

Falla, sin embargo, otro de los pilares, pues no existen reglas o filtros *ad hoc* para evitar o corregir posibles abusos; antes bien, se han producido situaciones —ciertamente aisladas— en que una determinada entidad legitimada abusó de esa condición, de forma ilícita, en provecho propio.[36]

Además, si bajamos a los detalles, el balance puede ser también sorprendente. Y es que, como trataré de explicar seguidamente, no resulta sencillo sostener que exista en nuestro ordenamiento un genuino «sistema» de tutela colectiva de los derechos e intereses colectivos de los consumidores, por motivos tanto formales como materiales.

Desde un punto de vista formal, no contamos con un conjunto normativo completo y bien estructurado. Guste o no, el legislador no ha abordado de forma sistemá-

36. Me refiero al llamado «Caso AUSBANC», que concluyó con la condena del principal acusado por, entre otros, un delito continuado de extorsión, en Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2021 (ROJ: SAN 2956/2021; ECLI:ES:AN:2021:2956). El primero de los hechos probados de la sentencia sintetiza el uso abusivo de las acciones colectivas:
«La asociación AUSBANC CONSUMO, en atención a la finalidad en defensa de los consumidores, a lo que atendía su creación, ha venido ejercitando ante los tribunales las acciones colectivas por razón de los productos ofertados por las entidades bancarias, a las que demandaba. Con ocasión del ejercicio de acciones colectivas y como fórmula para la obtención de sumas dinerarias en el afán de lucro que movía a Leovigildo, a la par de la interposición de demandas en los tribunales por AUSBANC CONSUMO, propiciaba acuerdos para la solución extrajudicial del conflicto, unos jurídicos y relacionados con el objeto de la demanda y otros económicos a concertar con AUSBANC EMPRESAS u otras entidades a la misma vinculadas, planteándose conjuntamente y, erigiéndose el ejercicio de la acción colectiva en un mero instrumento para que las entidades accediesen a las pretensiones económicas formalizadas a través de convenios publicitarios u otras fórmulas. Para el caso de que finalmente aceptasen suscribirlo, a cuyo frente se colocaba el acusado Leovigildo aun cuando se iniciase o se siguiera el procedimiento por los letrados de las delegaciones territoriales, se abandonaba cualquier ulterior reclamación judicial, adecuándose por AUSBANC el impulso del procedimiento judicial en trámite en esa misma línea.»

tica y coherente esta cuestión.[37] El primer antecedente lo ofrecieron las acciones sedicentemente colectivas de cesación, retractación y declarativa introducidas en 1998 en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuyo contenido no era resarcitorio. Poco más adelante, al abordar la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el prelegislador optó en sus versiones iniciales por excluir esta materia, que solo se incorporó al texto durante la tramitación parlamentaria, a través de la inclusión de una serie de preceptos dispersos en su articulado, de cuya lectura en conjunto podía deducirse —siquiera de forma aproximada— el tipo de proceso colectivo por el que se había optado, pensado primordialmente para dar satisfacción a pretensiones de contenido resarcitorio. La dispersión normativa no debe sorprender, pues fue una opción deliberada en toda la LEC, en reacción frente a la proliferación de procesos especiales que se había producido en nuestra justicia civil en las décadas finales del siglo XX. Pero, además de estar desperdigada, la regulación era escueta y, en algunos puntos, incompleta.

El panorama se vio afectado poco después con la Ley 39/2002, de 28 de octubre, que modificó diversos artículos de la LEC para trasponer la Directiva de 1998, dando carta de naturaleza a las «acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios». Se modificaron, además, la LGDCU y la normativa sectorial en materia de consumo, para incluir en ellas las nuevas acciones de cesación. La aprobación posterior del Texto Refundido de la LGDCU en 2007 condujo a una cierta duplicidad en la regulación de las acciones de cesación, en especial al forzar su compatibilidad con pretensiones resarcitorias, algo en lo que ahondó la reforma operada posteriormente a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo —enmendada en parte por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

Parece claro que una regulación incompleta, dispersa, en parte duplicada y no bien coordinada ha de provocar dificultades de interpretación y aplicación. Pero es que si se fija la atención en *el contenido en sí de la regulación* el panorama tampoco es positivo.

La regulación de las acciones de cesación, consideradas aisladamente, es comprensible, aunque en algunos puntos suscite reparos: choca, en este sentido, que cuestiones con importantes repercusiones económicas y sociales se puedan ventilar por los cauces del juicio verbal, con un plazo de solo diez días para que el demandado prepare su defensa escrita y, quizá, sin que medie una vista oral contradictoria. Su interrelación con tutelas constitutivas (resolución en masa de contratos) o resarcitorias (reparación de daños y perjuicios, restitución de cantidades) es claramente mejorable: el legislador, en 2014, insistió en la posibilidad de acumular pretensiones de ambos tipos, pero no

37. Cfr. G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, «Los ejes fundamentales del sistema de acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas de *lege ferenda*», *Justicia*, 2020-2, p. 47-110.

ofreció herramientas para articularla procesalmente. Es igualmente notoria la peculiar convivencia entre las acciones de cesación y las acciones formuladas a título individual por consumidores, como se puso de manifiesto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Sales Sinués*, mencionado antes[38].

La DARC, en este punto, se muestra sustancialmente continuista y conserva el régimen de la directiva de 2009 (y, con ella, de la de 1998), lo que permitiría concluir que no sería necesaria una implementación «activa» en nuestro país en lo que toca a las acciones de representación de cesación. Ahora bien, el hecho de que las acciones de cesación deban ser, en lo sucesivo, una modalidad de las acciones de representación hace que su régimen jurídico deba ser más exhaustivo y que se les apliquen reglas nuevas, que comparten con las resarcitorias. De hecho, la DARC aconseja (art. 7.5) que puedan acumularse en un solo proceso pretensiones colectivas cesatorias y resarcitorias. Esta sugerencia debería verse como una oportunidad para introducir una regulación que se ocupe de este fenómeno con más detalle y que, al mismo tiempo, sea consciente de las dificultades que entraña.

Tratándose de acciones colectivas resarcitorias son también varios los aspectos del régimen legal vigente que admitirían mejoras sustanciales. De entrada, la regulación descansa en una distinción problemática, la que se establece entre intereses colectivos e intereses difusos, en función de si resultan o no fácilmente determinables los integrantes del grupo de personas afectadas por la conducta infractora (arts. 11.2 y 11.3 LEC). Lo impreciso de la distinción genera dificultades en relación con aquellas cuestiones que dependen de ella y que son cruciales para el desenvolvimiento del proceso, como la legitimación y el régimen de publicidad de la inminencia de la demanda o de la demanda en sí entre los afectados (arts. 15.2 y 15.3 LEC).

Por otro lado, tal y como se encuentra regulado, tampoco resulta sencillo sostener si el sistema responde o no a la mecánica del *opt-in* o del *opt-out*. Cabe excluir que

---

38. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, *Jorge Sales Sinués y Caixabank S.A*. (ECLI:EU:C:2016:252). Por todos, cfr. M. Aguilera Morales, «Articulación procesal de acciones individuales y colectivas en defensa de los consumidores a la luz del Derecho de la Unión», *Revista Española de Derecho Europeo*, 63 (2017), pp. 111-127; R. Bellido Penadés, «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 G. García-Rostán Calvín, J. Sigüenza López (dirs.), *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 591-610; R. Bonachera Villegas, *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, Valencia, 2018, pp. 84-92; S. Voet, «Actions for collective redress», en B. Hess, S. Law (eds.), *Implementing EU Consumer Rights by National Procedural Law. Luxembourg Report on European Procedural Law II*, Beck-Hart-Nomos, Munich, 2019, pp. 165-170. Con carácter previo al pronunciamiento del Tribunal, cfr. M. Cachón Cadenas, N. Reynal Querol, «Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2015-2, pp. 141-162. Para una visión exhaustiva de las relaciones entre procesos colectivos e individuales en la jurisprudencia, cfr. J. Martín Pastor, *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 90 y ss.

obedezca a la lógica de la inclusión (*opt-in*), pues la llamada al proceso de los consumidores individuales se hace al efecto de que, si quieren, puedan hacer valer sus pretensiones singulares junto con la colectiva (art. 15.1 LEC[39]). Pero, aunque no hayan optado por intervenir, la sentencia debería afectarles y, de hecho, produce respecto de ellos efectos de cosa juzgada (art. 222.3 I i.f. LEC). Este enfoque, que debería acercarnos al modelo de la exclusión (*opt-out*), se ve de algún modo falsado cuando se comprueba que no se han regulado ni la posibilidad ni la forma de desvincularse del proceso, a no ser, claro está, que ese pudiera ser el objetivo de la intervención individual —algo que requiere forzar la interpretación del artículo 15.1 LEC, pues la finalidad de la norma es otra y precisamente esa intervención individual no deja de serle perturbadora[40]. De forma quizá involuntaria, la regulación vigente, tal y como está formulada, instaura un sistema de tutela colectiva obligatorio, al que solo es posible escapar a través de una intervención singular en el proceso colectivo encaminada a defender la pretensión propia, pero que no contempla como opción la desvinculación. Esto, bien mirado, puede suscitar dudas desde el punto de vista constitucional, pues se sustrae a los consumidores afectados toda capacidad de decisión acerca de su esfera jurídica.[41]

El panorama, además, se ha visto enturbiado tras la STS núm. 123/2017, de 24 de febrero[42], a través de la cual se adaptó nuestra jurisprudencia al criterio establecido por el TJUE en el asunto *Gutiérrez Naranjo*[43] y que, de forma singular, en relación con la eficacia de cosa juzgada, la limitó a los consumidores no personados que estuvieran determinados individualmente en la sentencia, pero no a los demás[44]. La Sala Primera, en otros términos, reduce el ámbito de la cosa juzgada

---

39. Se establece en él que «[…] se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, *para que hagan valer su derecho o interés individual*».

40. Cfr. F. Gascón Inchausti, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 126-127; A. Carrasco Perera, M.C. González Carrasco, «¿Acciones de clase en el proceso civil?», *Aranzadi Civil*, núm. 3/2001, ep. 3.6; J. López Sánchez, «Acciones colectivas y ejercicio de facultades dispositivas», en T. Armenta Deu, S. Pereira Puigvert (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, cit., pp. 61-91, p. 66.

41. En este sentido se pronuncia también S. Corominas Bach, *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, p. 47.

42. ROJ: STS 477/2017, ECLI:ES:TS:2017:477.

43. STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15 y C-307/15, *Gutiérrez Naranjo*, ECLI:EU:C:2016:980.

44. «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. 15, 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

de las sentencias y reescribe el artículo 221.3 LEC, para limitarlo a los consumidores que hayan sido mencionados expresamente en ella.[45] Cabe intuir que el Tribunal Supremo pretende asegurarse con ello de que la sentencia solo vincule a quienes han debido ser objeto de notificación personal en relación con la existencia del proceso (art. 15.2 LEC). Pero, siendo esto importante para evitar la vulneración de su posición jurídica, es insuficiente, pues nada asegura que estos sujetos hayan dispuesto de la posibilidad real de desvinculase del proceso y, por ende, de la sentencia —sin asumir los costes de una personación que solo de forma muy voluntarista puede entenderse que sirve también para solicitar la exclusión.

Debe subrayarse, asimismo, la deficiente regulación del sistema en relación con el cumplimiento y la ejecución de las sentencias que estimen pretensiones colectivas de naturaleza resarcitoria. Como es sabido, solo se dedica a esta cuestión el artículo 519 LEC, que aborda de forma expresa la regulación del incidente para lograr el reconocimiento de la condición de beneficiario y del que se deduce, por referencia, la posibilidad de que la ejecución sea instada por la entidad demandante;[46] pero nada se dice acerca de la ejecución en sí, a pesar de que son muchos los extremos necesitados de regulación.

En esta primera comparación de trazo grueso, por último, se echa en falta una pieza que, en estos momentos, es esencial: me refiero a la admisibilidad de las transacciones colectivas y, si se asume que han de ser posibles y hasta convenientes, el tipo de controles a que han de estar supeditadas y la forma de determinar el alcance de su eficacia vinculante. Esto obliga a forzar categorías generales de la regulación civil sustantiva que, sin embargo, siguen ancladas en una lógica con-

---

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. Con la particularidad de que, en los casos en que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declare 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» (art. 221.1-2º LEC). Como dijimos en la indicada sentencia 375/2010, de 17 de junio, «el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada [...] debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción».

45. Esta resolución tiene un antecedente en la STS núm. 375/2010, de 17 de junio (CITAR), aunque en resoluciones posteriores se había sostenido lo contrario: para un repaso de esa jurisprudencia, cfr. A. Armengot Vilaplana, *Hacia la reconstrucción de la acción colectiva*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 197-208; también crítico, G. Ormazabal Sánchez, «Los ejes fundamentales del sistema de acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas de *lege ferenda*», cit., pp. 68-81.

46. Sobre este mecanismo, de forma monográfica, cfr. R. Lacueva Bertolacci, *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LECiv*, Aranzadi, Pamplona, 2006; T. Armenta Deu, *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, pp. 95-115; M.J. Ariza Colmenarejo, «Ejecución de acciones colectivas en España y en la Unión Europea», en T. Armenta Deu, S. Pereira Puigvert (coords.), *Acciones Colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pp. 253-271.

tractual bilateral que no es la que subyace a los sistemas de tutela colectiva de los derechos.[47]

La suma de todos los factores descritos explica, al menos en parte, la escasa utilización práctica[48] del sistema de acciones colectivas resarcitorias actualmente vigente.[49] Llama la atención, en este sentido, que no haya servido para canalizar la litigación masiva que se desencadenó a resultas de la crisis económica y financiera, en gran medida asociada a ciertas malas prácticas bancarias en la contratación con consumidores. Es cierto que no todas las modalidades de «abuso» detectadas en los últimos años —redondeo al alza, cláusula suelo, préstamos multidivisa, tarjetas *revolving*, cláusula de gastos— son en igual medida susceptibles de resolverse a través de acciones colectivas, pues en ciertos tipos de asuntos las singularidades del consentimiento prestado en cada caso concreto tienen una prevalencia sobre el desenlace de cada controversia que es incompatible con la necesaria homogeneidad que subyace a la idea misma de acciones colectivas. Pero la impresión general es que la respuesta jurisdiccional a los casos de daños o infracciones en masa que se han producido en nuestro país en las últimas décadas se han canalizado a través de la litigación singular masiva —a lo sumo, con acumulación de una cifra no muy elevada de acciones individuales—, asociada a un modelo de abogacía que ha proliferado al amparo de la regulación sobre condena en costas y de los pactos de *quota litis* o asimilados.[50]

3.2. Una visión más detenida: la transposición de la Directiva como una oportunidad para la mejora del sistema español de acciones colectivas

Una comparación apresurada entre lo que impone la Directiva y lo que ya contempla nuestro ordenamiento puede generar la conclusión, igualmente precipitada, de que su transposición no debería comportar excesiva dificultad —contamos con lo esencial, aunque debamos adaptarnos en ciertos aspectos. Ya hemos visto, sin

47. Cfr. *in extenso* F. GASCÓN INCHAUSTI, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas, Madrid, 2010; C. HODGES, A. STADLER (eds.), *Resolving mass disputes: ADR and settlement of mass claims*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013.

48. Para un repaso exhaustivo de los principales casos, cfr. A. ARMENGOT VILAPLANA, *Hacia la reconstrucción de la acción colectiva*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 43-121.

49. Cfr. también M. AGUILERA MORALES, «Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm.s 78-79, Abril - Septiembre 2021, pp. 97-138, esp. pp. 100-102; en similares términos, J.F. GARNICA MARTÍN, A. FERRERES COMELLA, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, M. AGUILERA MORALES, «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», *Diario La Ley*, Nº 9939.

50. Cfr. M. ORTELLS RAMOS, «Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica en España», *Revista General de Derecho Procesal*, Nº. 48, 2019.

embargo, que la regulación actualmente vigente no debe en modo alguno considerarse satisfactoria: que pueda parecer compatible con la Directiva no significa que sea buena ni, tampoco, que esté dando buenos resultados. Además, una lectura más reposada y detallada de la Directiva permite identificar algunos aspectos o extremos en relación con los cuales nuestro ordenamiento no alcanza los nuevos estándares: en algunos casos se trata de elementos de incorporación obligatoria, mientras que otros son de trasposición facultativa. De hecho, en algunos casos, las consecuencias del mandato europeo tienen un alcance mucho más amplio del que inicialmente cabría advertir, especialmente si se quiere implementar de forma completa la Directiva. Se junta, en definitiva, la conveniencia de mejorar un sistema disfuncional con la necesidad de dar cumplimiento a determinados mandatos de reforma legislativa. En otros términos, nos hallamos ante la oportunidad de aprovechar el deber de implementar la Directiva para diseñar un genuino sistema de tutela colectiva de los intereses de los consumidores que sea eficaz y reivindique el rol de lo jurisdiccional para alcanzar este objetivo.

Esta oportunidad de aprovechar el mandato europeo para transformar a mejor la normativa preexistente se puede hacer visible en relación con diversos aspectos y, en particular, en relación con los seis siguientes: los poderes del tribunal; el modo de dispensar tutela colectiva a los perjudicados por una conducta infractora; la legitimación para activar los mecanismos judiciales de tutela colectiva; el diseño procedimental; la admisibilidad y los controles sobre las transacciones colectivas; y el sistema para lograr el cumplimiento voluntario o, en su defecto, la ejecución forzosa de lo decidido o acordado.

3.2.1. *Los poderes del tribunal*

Los procesos en que se ejercitan acciones colectivas —incluidas las acciones de representación a que se refiere la DARC— son, por definición, procesos complejos.[51] Para que su aplicación práctica sea exitosa es imprescindible que su gestión quede en manos expertas. Desde el punto de vista de los litigantes, este propósito se consigue, en primer término, con las normas de legitimación activa, a las que se hará referencia de nuevo más adelante. Y es igualmente importante que sean expertos los abogados que asistan a las partes, tanto demandantes como demandadas. Pero, al margen de los litigantes y de sus letrados, es necesario encomendar la dirección y tramitación de estos procesos a tribunales especialmente cualificados. Esta cualificación, a mi juicio, se proyecta de dos modos distintos, pero complementarios: hacen falta tribunales especializados y «empoderados».

---

51. En relación con lo que ha de entenderse por litigios complejos, resultan de especial interés los trabajos incluidos en A. Dondi (dir.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Giuffrè, Milán, 2011.

En primer término, me parece claro que solo puede asegurarse el buen funcionamiento de un sistema de acciones colectivas si se deposita en las manos de tribunales especializados, esto es, expertos en las materias objeto de enjuiciamiento, pero también en la singular forma de gestionar este tipo de procesos. Esta especialización se puede fomentar, por supuesto, a través de programas de formación *ad hoc*; pero también ha de tener un respaldo orgánico o, si se prefiere, organizativo. En este sentido, debe considerarse adecuada una concentración de asuntos en determinados juzgados, en términos equivalentes a los establecidos, con arreglo al artículo 98.2 LOPJ, para establecer los conocidos como «Juzgados de cláusulas suelo».[52]

Pero, además de especializados, los tribunales que conozcan de los procesos en que se ejerciten acciones colectivas han de ser tribunales «empoderados» —si se me permite la licencia de utilizar dicho adjetivo. A mi juicio, un tribunal «empoderado» es aquel en quien concurren tres circunstancias: i) tiene legalmente atribuidos unos poderes o potestades; ii) es consciente de que los tiene; iii) el legislador —en abstracto— y los justiciables —en cada caso concreto— esperan de él que los ejerza y, de hecho, pueden forzarlo a utilizarlos. Esos poderes del tribunal no están limitados a la ordenación formal del proceso, sino que también inciden en su ordenación material,[53] pues ambos terrenos son especialmente difíciles de deslindar en materia de procesos colectivos.

Todo lo anterior y, en particular, las expectativas legales de ejercicio de los poderes del tribunal, se logra a través de normas que en algunos puntos de la regulación del proceso han de ser «abiertas», en el sentido de que no predeterminan la decisión del tribunal en relación con un aspecto concreto del proceso, ni le ofrecen pautas o criterios cerrados que dependen de elementos constatables, sino que le obligan a resolver con arreglo a parámetros discrecionales, en función de las circunstancias del caso y de lo que se considere mejor para una buena administración de justicia, ponderando de forma adecuada los intereses contrapuestos.

En otros términos, una tramitación adecuada de las acciones colectivas, especialmente de las resarcitorias, requiere normas procedimentales flexibles en manos de jueces que dispongan de poderes adecuados para la dirección formal y material del proceso. En la mayoría de las ocasiones la apreciación acerca de la concurrencia del

---

52. A favor de la especialización y la concentración, también M. Aguilera Morales, «Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828», cit. p. 108; y J.F. Garnica Martín, A. Ferreres Comella, I. Díez-Picazo Giménez, M. Aguilera Morales, «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», cit.

53. Cfr. J. Carreras Llansana, «Facultades materiales de dirección» en *Estudios de Derecho Procesal* (con M. Fenech Navarro), Bosch, Barcelona, 1962; A. De la Oliva Santos, *El papel del juez en el proceso civil*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

supuesto de hecho de una norma procesal relevante dependerá de las circunstancias del caso y de juicios ponderativos y de proporcionalidad. Así sucederá, por ejemplo, a la hora de decidir si hay homogeneidad entre las pretensiones de los consumidores afectados por una misma conducta infractora y si, en consecuencia, es posible tramitar el proceso como colectivo. O, por poner otro ejemplo, para valorar si resulta conveniente acumular procesos colectivos conexos o, antes incluso, si se pueden acumular en un mismo proceso pretensiones colectivas cesatorias y resarcitorias. A modo de ejemplo final, sería también inteligente que el legislador facultara al tribunal para escindir el enjuiciamiento sobre el fondo en dos fases, de modo que en una primera etapa del proceso se resolviese sobre la responsabilidad de la entidad demandada y solo en caso de que dicha responsabilidad quede establecida se pase a una fase ulterior de determinación y cuantificación, en su caso, de las medidas resarcitorias procedentes —ahorrando el tiempo y los costes de alegaciones y de pruebas periciales que, a la postre, podrían resultar innecesarias si no se considera responsable a la demandada.

Las acciones colectivas, en definitiva, requieren un nivel de *case management* y un protagonismo judicial superior al ordinario.[54] Por ello, sería razonable que la implementación de la Directiva se hiciera a través de normas que, en algunos aspectos, otorguen poderes de apreciación discrecional al tribunal, que ha de ser consciente de la pluralidad de intereses y bienes jurídicos que están en juego en este tipo de procesos.

3.2.2. *El modelo de tutela colectiva resarcitoria*

Resulta igualmente imperativo clarificar el modelo de tutela colectiva resarcitoria que ha de operar en nuestro ordenamiento. La Directiva es flexible en este punto, pero no deja de repercutir sobre la regulación vigente, pues reclama algo que la LEC, hoy en día, no ofrece: que se dé oportunidad a los consumidores afectados de expresar su voluntad. En efecto, el artículo 9.2 DARC exige a los Estados miembros regular «la manera y la fase de la acción de representación para obtener medidas resarcitorias en que los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten expresa o tácitamente su voluntad, dentro de un plazo adecuado después de haberse ejercitado dicha acción de representación, de ser

54. Cfr. I. TZANKOVA, «Case Management: the stepchild of mass claim dispute resolution», *Uniform Law Review*, 2014, Vol. 19-3, pp. 329-351; también M. STRANDBERG / V. SMITH, «Case management and the role of the judge», en A. Stadler / E. Jeuland / V. Smith (eds.), *Collective and Mass Litigation in Europe. Model Rules for Effective Dispute Resolution*, cit., 2020, pp. 164-181. Con mucho más detalle, A. BIARD, *Judges and Mass Litigation – A (Behavioural) Law & Economics Perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2014; y el informe de E. FALLA, *Powers of the judge in collective redress proceedings*, Université Libre de Bruxelles, Febrero 2012 (Research Paper submitted to BEUC, the European Consumer Organisation, disponible en https://www.beuc.eu/publications/2012-00227-01-e.pdf).

representados o no por la entidad habilitada en dicha acción de representación y de quedar vinculados o no por el resultado de la acción de representación.»

Aunque de modo un tanto retorcido, este precepto ofrece a los Estados miembros la posibilidad de elegir entre un sistema de adhesión o de exclusión: habrá adhesión (*opt-in*) cuando la legislación nacional exija manifestación expresa de la voluntad de ser representados; y habrá exclusión (*opt-out*) cuando esa expresión de voluntad sea tácita, algo que solo puede producirse si no se utiliza una posibilidad efectiva de desvincularse de la acción colectiva.

Puede decirse, pues, que la actual situación vigente en la LEC, en que ni hay necesidad de adhesión expresa, ni una posibilidad clara de desvincularse de la que deducir la adhesión tácita —que es el modo en que la DARC se refiere al modelo *opt-out*— no es compatible con la Directiva y debe, por tanto, corregirse. Aunque resulte paradójico, la Directiva, tan permisiva en apariencia en este punto, choca con la situación actualmente vigente en nuestro ordenamiento. El mejor modo de superarlo, a mi juicio, es establecer como regla general la exclusión, esto es, asumir que la acción colectiva y la resolución o transacción que le ponga fin afectarán a todos los consumidores perjudicados por la conducta infractora, a no ser que estos hayan optado por desvincularse.[55] De lo que se trata, pues, es de introducir con claridad un mecanismo de exclusión voluntaria, lo que comporta varias exigencias:

i) Ante todo, la legitimidad de un modelo *opt-out* presupone un conocimiento efectivo de la existencia del proceso por parte de los potenciales afectados, algo que requiere mecanismos de publicidad con estándares elevados en cuanto a su capacidad de llegar a los destinatarios.[56]
ii) E, igualmente, para que el modelo sea legítimo la desvinculación ha de ser fácil, esto es, se han de articular cauces para la manifestación de la voluntad de desvincularse que sean sencillos, accesibles y exentos de costes. La utilización de herramientas y plataformas electrónicas será una pieza clave para dar cumplimiento tanto a esta exigencia como a la anterior.

---

55. Cfr. T. EISENBERG, G. MILLER, «The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues», *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2004, pp. 1529 y ss.: según ese estudio, en promedio menos del 0.2% de los consumidores se excluyen de los procesos en Estados Unidos. Cfr. también R. MULHERON, «The case for an opt-out class action for European Member States: A legal and empirical analysis», *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, 2008-2009, pp. 409 y ss.; A.L. SIBONY, «A behavioural perspective on collective redress», en E. Lein, D. Fairgrieve, M. Otero Crespo, V. Smith (eds.), *Collective redress in Europe: why and how?*, British Institute of International and Comparative Law, 2015, pp. 47-57: A. PLANCHADELL GARGALLO, «Acciones colectivas y acceso a la justicia», en A. Montesinos García (dir.), *La Tutela de los Derechos e Intereses Colectivos en la Justicia del Siglo XXI*, cit., pp. 175-205, en pp. 195-201.

56. A tal fin el legislador no puede desligarse de la realidad social y, por tanto, debe aprovechar todos los posibles cauces de comunicación, especialmente los tecnológicos —incluidas las diversas redes sociales.

No obstante, imponer en todo caso un sistema de *opt-out* puede no ser conveniente. Si algo debe caracterizar a un buen mecanismo de tutela colectiva es la flexibilidad, manejada por un juez que tenga poderes amplios de dirección material y formal sobre el proceso. Así, en algunas ocasiones, puede ser más razonable que la acción solo afecte a quienes expresamente hayan querido adherirse a ella: decantarse por el *opt-in* es algo que puede ser sensato cuando el valor económico del resarcimiento que se pretende sea elevado o cuando la conducta infractora haya afectado a bienes jurídicos vinculados a la personalidad de los consumidores perjudicados (v.g., cuando se trate de reclamar daños morales o el resarcimiento de daños físicos). En estos casos, sería positivo que el tribunal tuviera la facultad de apartarse de la regla general y dispusiera una sujeción de la acción colectiva a la dinámica de la inclusión:[57] se trata de algo coherente con la propuesta, ya formulada, de reforzar los poderes del tribunal en este tipo de procesos.

3.2.3. *La legitimación para el ejercicio de acciones colectivas*

Ya se ha dicho antes que uno de los pilares del sistema de acciones de representación que establece la Directiva es la restricción de la legitimación para su ejercicio, que se concentra en una serie de entidades habilitadas, sujetas al control de los poderes públicos[58]. Son así dos los aspectos en relación con los cuales la trasposición puede ser fuente de oportunidades para la mejora: a) de un lado, la fijación de estándares para la atribución de legitimación extraordinaria; b) de otro, la supervisión de las entidades legitimadas, que ha de ser también posible cuando un proceso ya esté incoado, a instancia de la parte demandada.

1º. *Criterios para la atribución de legitimación*

En lo que toca a la atribución de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas nuestro ordenamiento parece *a priori* estar alineado con la Directiva: estamos en buena medida acostumbrados a que la legitimación sea extraordinaria y esté concentrada en un número relativamente reducido de entidades, así como a la ausencia de particulares como posibles impulsores de acciones colectivas[59]. En este punto, pues, la DARC no resulta disruptiva. Existen, no obstante, algunos casos en

57. También se muestra favorable a la flexibilidad M. Aguilera Morales, «Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828», cit., p. 120; y J.F. Garnica Martín, A. Ferreres Comella, I. Díez-Picazo Giménez, M. Aguilera Morales, «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», cit.

58. Un análisis reciente y omnicomprensivo puede verse en S. Corominas Bach, *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018.

59. Resulta cuestionable, por otra parte, si debería fomentarse la actuación de estos sujetos o si, por el contrario, debería desconfiarse de ellos: cfr. T. Eisenberg, G. Miller, «Incentive Awards to Class Action Plaintiffs: an Empirical Study», *UCLA Law Review*, Vol. 53, 2005-2006, p. 1303.

los que al regular la acción de cesación en determinadas parcelas del ordenamiento sí que se ha atribuido legitimación para su ejercicio a personas físicas o jurídicas a título individual o particular, esto es, no representativo: es lo que sucede en materia de competencia desleal[60], de servicios de la sociedad de la información[61] y de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios[62]. De cara al futuro el legislador, por tanto, habrá de valorar si la implementación de la DARC determina la necesidad de suprimir esos supuestos de legitimación o si, por el contrario, se limita su radio de operatividad y se ciñe a la solicitud de cesaciones de alcance individual, condicionadas por la lesión de su posición jurídica particular.

Tampoco parece ajustarse a las previsiones de la Directiva la legitimación de los grupos de afectados del artículo 6.1.7º LEC, pues carecen de personalidad jurídica y, sobre todo, están exentos de todo control o supervisión públicos en relación con el cumplimiento de ciertos estándares, que es en el fondo el elemento clave para el legislador europeo en este punto. El encaje de los grupos de consumidores en el modelo de acciones de representación no parece posible, por tanto, ni siquiera en virtud de la previsión del artículo 4.6 DARC, que permite la designación de una entidad *ad hoc*, pues cada concreto grupo habría de cumplir en todo caso con los criterios de designación como entidad habilitada previstos en el Derecho nacional.

Una eventual supresión de las legitimaciones individuales previstas en las normas sectoriales antes mencionadas o de la legitimación de los grupos de afectados, en todo caso, carecería de consecuencias prácticas relevantes, pues se trata de previsiones que no han llegado a utilizarse y cuyo mantenimiento tampoco parece imprescindible para el buen desenvolvimiento del sistema.

Al margen de lo anterior, las implicaciones de la Directiva sí que son relevantes en otros aspectos asociados a la legitimación: de un lado, los estándares de los que debería depender la atribución de legitimación extraordinaria para hacer valer en un proceso los intereses colectivos de los consumidores; de otro, el deber de someter a supervisión y evaluación efectivas a las entidades designadas como habilitadas.

En cuanto a lo primero, el artículo 4 DARC genera un cambio en relación con la situación preexistente al amparo de la Directiva de acciones de cesación. En efecto, cuando lo que estaba en juego era únicamente el ejercicio de acciones de cesación,

---

60. En concreto, en los artículos 32 y 33 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, con repercusiones también en materia de publicidad, por la remisión que se hace a ella a estos efectos en el artículo 6.1 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

61. Artículo 31 a) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

62. Ar**tículo** 118.3 e) del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

las directivas de 1998 y 2009 asumieron un sistema de reconocimiento mutuo de entidades legitimadas. Cada Estado miembro debía elaborar un listado de las entidades que, con arreglo a sus propios criterios, se consideraban cualificadas para ejercer acciones de cesación no solo en su territorio, sino también ante los tribunales de cualquier otro Estado miembro; la inclusión en esa lista obligaba a los tribunales de los demás Estados miembros a asumir su idoneidad para impulsar procesos colectivos ante sus propios tribunales, sin perjuicio de que, en el caso concreto, se pudiera verificar la relación entre el ámbito ordinario de actividad de la entidad y los concretos intereses en juego en el proceso.[63] Lo esencial, en todo caso, era que el juicio de idoneidad para ser considerada entidad representativa y legitimada para hacer valer en juicio los intereses de una pluralidad de sujetos quedaba en manos de cada Estado miembro, sin que se hubieran sentado unos requisitos o exigencias comunes.

Aunque esa fue su pretensión inicial, tampoco la DARC ha logrado de forma plena el objetivo de establecer unos criterios uniformes de cuya concurrencia dependa la consideración oficial de que una entidad está legitimada para el ejercicio de acciones colectivas; pero, al menos, sí que lo ha conseguido para las transfronterizas. Respecto de estas últimas, por tanto, ya no rige un reconocimiento automático, sino que los Estados miembros solo podrán designar como entidades habilitadas para el ejercicio de acciones transfronterizas a aquellas que cumplan con las exigencias del artículo 4.3[64]. Tratándose del ejercicio de acciones colectivas de impacto nacional —es

63. Se trata de una cautela que se mantiene en el artículo 6.3 DARC: «Los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas aceptarán la lista mencionada en el artículo 5, apartado 1, como prueba de la legitimación procesal de la entidad habilitada para ejercitar acciones de representación transfronteriza, sin perjuicio del derecho del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa a examinar si la finalidad estatutaria de la entidad habilitada justifica que ejercite la acción en un caso concreto.»

64. El tenor literal del precepto señala lo siguiente: «Los Estados miembros designarán a las entidades a que se refiere el apartado 2 que hayan solicitado la designación como entidad habilitada para ejercitar acciones de representación transfronterizas, si la entidad cumple todos los criterios siguientes:
a) es una persona jurídica constituida de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro de su designación y puede demostrar que ha desempeñado de manera efectiva y pública una actividad durante doce meses en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores antes de su solicitud de designación;
b) su finalidad estatutaria demuestra que tiene un interés legítimo en proteger los intereses de los consumidores tal como establecen las disposiciones del Derecho de la Unión que se recogen en el anexo I;
c) es una entidad sin ánimo de lucro;
d) no está incursa en un procedimiento de insolvencia ni está declarada insolvente;
e) es independiente y no está influida por personas distintas de los consumidores, en particular, por empresarios, que tengan un interés económico en el ejercicio de cualquier acción de representación, también en el supuesto de financiación por terceros, y a tal fin ha establecido procedimientos para evitar tal influencia, así como para evitar conflictos de intereses entre la propia entidad, sus financiadores y los intereses de los consumidores;
f) hace pública en términos claros y comprensibles, por cualquier medio adecuado, en particular en su sitio web, información que demuestra que la entidad cumple los criterios mencionados en las letras a) a e), así como información sobre las fuentes de su financiación en general, su estructura organizativa, su gestión y composición, su finalidad estatutaria y sus actividades.»

decir, ejercitadas ante los tribunales del mismo Estado que las designe como habilitadas—, los requisitos no los fija la Directiva, sino que esta se remite a cada legislación nacional, aunque formula algunas recomendaciones: que los criterios internos aseguren un funcionamiento «eficaz y eficiente» del sistema (art. 4.4); que entre las entidades designadas se puedan incluir también organismos públicos (art. 4.7); y, sobre todo, que los criterios establecidos para la designación de entidades a los efectos de ejercer acciones transfronterizas se apliquen también a la designación de entidades habilitadas para ejercer acciones de representación nacionales.

Esta última indicación, sin duda, constituye uno de los mayores retos y oportunidades a la hora de incorporar la Directiva a los ordenamientos nacionales: en efecto, cabe preguntarse si nuestras previsiones legales y reglamentarias cumplen con los estándares del artículo 4.3 DARC y si, en caso de respuesta negativa, resulta oportuno aprovechar la trasposición para asumir aquellos que no estén teniendo *de lege lata* reflejo adecuado.

En términos generales, nuestra legislación reconoce legitimación extraordinaria para el ejercicio de acciones colectivas a las asociaciones de consumidores, al Ministerio Fiscal y a los organismos estatales, autonómicos o locales con competencias en materia de defensa de los consumidores. En relación con el Ministerio Fiscal y con los organismos oficiales puede sostenerse con cierta seguridad que cumplen los estándares básicos exigidos por la Directiva, con la excepción, quizá de los criterios de transparencia de la letra f) del artículo 4.3.

Tratándose de las asociaciones de consumidores el análisis ha de ser más minucioso, pues en la práctica están llamadas a ser las principales protagonistas del sistema —lo han venido siendo hasta ahora y no hay motivos para pensar que la tendencia vaya a cambiar. Ha de recordarse que, con arreglo al artículo 11.2 LEC, cualquier entidad que tenga la consideración oficial de asociación de consumidores está legitimada para el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses «colectivos» de estos, en el sentido en que dicha expresión se emplea por el precepto en cuestión (es decir, cuando resulte posible o sencilla la determinación de todos los afectados). Estando en juego la tutela de los intereses «difusos» (cuando esa determinación no sea posible o sencilla), la legitimación se restringe a las asociaciones de consumidores que se consideren «representativas», calificativo este que conforme al artículo 24.2 TRLGDCU debe atribuirse solo a las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios[65] o, cuando el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, a aquellas a quienes, en su caso, atribuya esa condición la legislación autonómica específica.

---

65. Para lo que, a su vez, habrá que estar a lo dispuesto en el Real Decreto 894/2005, de 22 de julio, por el que se regula el consejo de Consumidores y Usuarios.

De cara a la implementación de la Directiva habrá que distinguir los dos planos que aquella contempla. Para el ejercicio de acciones transfronterizas habrá que asegurar el respeto a las exigencias establecidas en el artículo 4.3 DARC —y habrá que confiar en que algunas asociaciones manifiesten su interés en obtener la designación para el ejercicio de acciones de representación transfronterizas, siquiera sea por el «sello de calidad» que, de forma implícita, comportará haber superado dicho estándar europeo.

Para el ejercicio de acciones colectivas internas el legislador nacional mantiene plena libertad, aunque la DARC lo anime a adoptar los mismos criterios (arts. 4.4 y 4.5 DARC). A mi juicio, un buen punto de partida sería la supresión de la distinción entre intereses difusos y colectivos, pues para la Directiva la única expresión relevante es la de «intereses colectivos de los consumidores», que se definen en el artículo 3.3 como «el interés general de los consumidores y, en particular a efectos de medidas resarcitorias, los intereses de un grupo de consumidores». Siendo así, la primera decisión que debe abordarse, incluso en un escenario continuista, es la de si se opta, para el ejercicio de acciones colectivas por asociaciones de consumidores, con exigir el estándar «básico» actualmente vigente para la tutela de intereses colectivos o si, por el contrario, se reclama el estándar «reforzado» para la tutela de intereses difusos. Ha de tenerse en cuenta que la diferencia se halla en una noción algo genérica de «mayor representatividad», que se reconoce a las asociaciones que forman parte del Consejo de Consumidores y Usuarios sobre la base de criterios como la implantación territorial, el número de socios, la trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y los programas de actividades a desarrollar (art. 38.1 TRLGDCU). Siendo así, y si el parámetro para tomar la decisión es el que ofrece el legislador europeo en la DARC, cabe concluir que la exigencia de presencia en el Consejo de Consumidores y Usuarios nada aporta en relación con los criterios que son relevantes para la Directiva. Antes bien, lo realmente interesante es determinar hasta qué punto lo que se exige por nuestra legislación a día de hoy para ostentar válidamente la condición de asociación de consumidores y, en consecuencia, para estar legitimada para el ejercicio de acciones colectivas, se ajusta a los criterios del artículo 4.3 DARC, que define el «estándar ideal europeo» —estándar que, conviene insistir en ello, solo se ha impuesto para las entidades que pretendan ejercer acciones colectivas transfronterizas, pero que se desea y se recomienda para todas.

Pues bien, una lectura de los artículos 22 a 32 TRLGDCU permite llegar a la conclusión de que lo exigido a las asociaciones de consumidores españolas para merecer esa calificación cubre en lo sustancial los criterios señalados en el artículo 4.3 DARC para poder ser designada como entidad habilitada para el ejercicio de acciones de representación transfronterizas: personalidad jurídica, finalidad estatutaria, ausencia de ánimo de lucro, solvencia e independencia. El umbral no se supera únicamente en dos aspectos:

i) De un lado, el desempeño de manera efectiva y pública durante doce meses de actividad en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores antes de su solicitud de designación (inciso final de la letra a) del artículo 4.3 DARC). Se trata, no obstante, de una exigencia que solo cobra sentido para el ejercicio de acciones transfronterizas, pero que a nivel interno resultaría tautológico, pues solo ostentando la condición de asociación de consumidores se puede desarrollar de forma efectiva actividad para su protección.
ii) De otro lado, el nivel de transparencia reclamado por el artículo 4.3 f) DARC, que se proyecta sobre algunos aspectos para los que no la exigen los artículos 31 y 32 TRLGDCU —aunque, en la práctica, las páginas web de muchas asociaciones de consumidores sí que ofrecen toda o parte de la información a que se refiere la Directiva.

En definitiva, y respecto de los requisitos de los que depende el reconocimiento como entidad habilitada para el ejercicio de acciones de representación, el impacto de la Directiva es mínimo: en lo realmente importante, los estándares que la Directiva reclama para el ejercicio de acciones colectivas transfronterizas ya se exigen a nivel interno para el ejercicio de acciones colectivas de todo tipo.[66]

2º. *Supervisión de las entidades legitimadas*

El otro gran aspecto en materia de legitimación en relación con el cual la trasposición de la Directiva ofrece en abstracto oportunidades de mejora es el relativo a la supervisión de las entidades habilitadas (art. 5 DARC). El artículo 34 TRLGDCU establece un marco genérico de verificación del mantenimiento de los requisitos exigidos para ostentar la condición de asociación de consumidores y acceder al Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, del que también parte la Directiva. No obstante, para darle pleno cumplimiento, será preciso:

i) institucionalizar una evaluación quinquenal respecto de las entidades que hayan obtenido la designación para el ejercicio de acciones transfronterizas, que pueda conducir en su caso a la pérdida de esa condición (art. 5.3 DARC);
ii) articular un mecanismo de investigación acerca del cumplimiento de esas mismas entidades —las designadas para el ejercicio de acciones transfronterizas— cuando un Estado miembro o la Comisión Europea hayan planteado reservas al respecto (art. 5.4 DARC);
iii) admitir —y articular la vía procesal para— que el empresario demandado pueda plantear reservas fundadas al respecto (art. 5.4 i.f. DARC). Esta última previsión

66. En este sentido cfr. también F. CORDÓN MORENO, «Examen de los instrumentos de tutela previstos en la Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 36, 2020, pp. 166-180, p. 172. *https://doi.org/10.18239/RCDC_2020.36.2639*

tiene un potencial enorme, porque supone la aceptación de una excepción procesal nueva, la excepción de ausencia o pérdida de los requisitos para ostentar legitimación extraordinaria, que debería poder hacerse valer en el proceso y conducir a su sobreseimiento. Aunque el artículo 5.4 i.f. DARC solo la impone cuando la entidad habilitada demandante ha sido designada en otro Estado miembro —es decir, cuando la acción colectiva es transfronteriza—, resultaría más que razonable darle cabida igualmente en supuestos estrictamente internos.

3.2.4. *El diseño procedimental*

Según se ha apuntado antes, la Directiva se abstiene de adentrarse en cuestiones procedimentales, que remite a la autonomía procesal de los Estados miembros, de modo que a ellos les corresponde estructurar los procesos colectivos como consideren oportuno. En nuestro país, por el momento, esta cuestión se resuelve de manera muy simple: para las acciones de cesación el cauce procedimental que ha de seguirse es el del juicio verbal, sin especialidades (arts. 250.1.12º y 249.1.4º y 5º LEC); en otro caso, se seguirá el procedimiento que corresponda por razón de la cuantía, lo que en la práctica comportará la adecuación del juicio ordinario.

Esta sencillez en la selección del cauce procedimental no debe ocultar un problema claro: los esquemas procedimentales ordinarios son insuficientes para gestionar adecuadamente los procesos colectivos, especialmente cuando se trata de acciones resarcitorias. El modelo procedimental de la LEC, tanto para juicio verbal como para juicio ordinario, es demasiado rígido y estandarizado: resulta útil para una gestión eficiente de causas comunes u ordinarias; pero un proceso colectivo, desde muchos puntos de vista, es un proceso inevitablemente complejo, que necesita «romper moldes» para tramitarse de forma adecuada. La implementación de la Directiva, por ello, constituye una oportunidad para la articulación de cauces procedimentales específicos, que sirvan para hacer realmente efectiva la función instrumental de las normas procesales en relación con los derechos e intereses objeto de tutela.

De hecho, cabe entender que, en cierta medida, no se trata solo de una cuestión de oportunidad, sino de auténtico deber para nuestro legislador. En efecto, la lectura más reposada de la Directiva pone de manifiesto cómo existen en ella, tal vez desapercibidos, ciertos mandatos que solo pueden satisfacerse a través de estructuras o, al menos, de piezas procedimentales que ni están previstas ni encajan en los esquemas del juicio ordinario y del juicio verbal.

En primer término, conviene tener presente el tenor literal del Considerando 12 de la Directiva, que proclama abiertamente la prevalencia de la autonomía procesal de los Estados miembros en este punto.

> «De conformidad con el principio de autonomía procesal, la presente Directiva no debe contener disposiciones sobre cada aspecto del procedimiento en las acciones de representación. Por consiguiente, corresponde a los Estados miembros establecer normas, por ejemplo, sobre admisibilidad, prueba o vías de recurso, aplicables a las acciones de representación. Por ejemplo, debe corresponder a los Estados miembros determinar el grado de similitud exigido entre las pretensiones individuales o el número mínimo de consumidores afectados por una acción de representación para obtener medidas resarcitorias para que el asunto se admita a trámite en tanto que acción de representación. Esas normas nacionales no deben obstaculizar el funcionamiento efectivo del mecanismo procesal para las acciones de representación que exige la presente Directiva.»

De forma parcialmente paradójica, puede apreciarse cómo, al señalar aquellos extremos sobre los que se ha de proyectar la autonomía de los Estados miembros, se les está indicando también aquello que debería estar regulado: es lo que sucede con la admisibilidad de las acciones de representación o con el grado de similitud o número mínimo de consumidores afectados para que resulte admisible la tutela resarcitoria colectiva. Al mencionar estas materias el legislador europeo da a entender, en buena medida, que deberían recibir un tratamiento expreso —algo que, sin embargo, no sucede en el momento presente en la regulación española.

Podría contraargumentarse, con razón, que el contenido de los Considerandos no vincula a los Estados miembros. Pero, al menos en lo atinente a estas cuestiones, resulta que el propio texto articulado contiene dos piezas, de apariencia secundaria, que fuerzan a operar cambios mayores de lo que cabría esperar. Me refiero a los apartados 3 y 7 del artículo 7:

i) En virtud del primero —el artículo 7.3 DARC—, el tribunal ha de examinar la admisibilidad de una acción de representación específica «de conformidad con la presente Directiva y el Derecho nacional»; no se trata, por tanto, de un mero examen formal, como el que condiciona la admisión de las demandas ordinarias (cfr. arts. 403 y 404 LEC), sino que el legislador europeo se está refiriendo a la admisibilidad de la acción en tanto que colectiva o de representación, lo cual supone verificar precisamente los extremos a que se refiere el Considerando 12, entre otros posibles. Y ese examen, como puede fácilmente imaginarse, no puede realizarse de manera mecánica y sobre la base de elementos puramente formales por un Letrado de la Administración de Justicia.[67]

---

67. Quizá por este motivo considera CORDÓN MORENO que no resulta razonable efectuar este control en el trámite inicial de admisión a trámite de la demanda («Examen de los instrumentos de tutela previstos en la Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores», cit., p. 174).

ii) Con arreglo al segundo —es decir, el artículo 7.7 DARC—, el tribunal ha de estar facultado para «desestimar los asuntos manifiestamente infundados en la fase más temprana posible del procedimiento de conformidad con el Derecho nacional». El Considerando 39 aclara que esta previsión sirve al objetivo de evitar un ejercicio abusivo de la acción y que no obliga a los Estados miembros «a introducir normas especiales aplicables a las acciones de representación» si las normas generales preexistentes pueden servir eficazmente a tal fin. Se infieren de lo anterior dos consecuencias:

   — que el rechazo temprano de una acción colectiva en tanto que infundada comporta, nuevamente, un análisis acerca de su procedencia «como colectiva» en el caso concreto;
   — y que si las reglas generales no permiten operar este efecto, será precisa la introducción de reglas especiales.

En el momento presente no existe en nuestro ordenamiento un trámite procesal de examen de admisibilidad de la acción colectiva, más allá del general de cualquier demanda; además, los artículos 11 LOPJ y 247 LEC no permiten, al menos tal y como se han interpretado hasta ahora, desestimar *a limine* pretensiones por ser infundadas.[68] En consecuencia, será necesaria la implementación de cambios y lo más lógico sería la introducción de un trámite específico que tenga por objeto controlar la accionabilidad colectiva, que podría igualmente aprovecharse para verificar la posible concurrencia de conflictos de intereses en la financiación del litigio, cuando la haya, en los términos previstos por el artículo 10 DARC. Introducir una pieza de este estilo —similar a la *class certification* del ordenamiento federal estadounidense— en la estructura del juicio ordinario no parece sencillo, razón por la cual sería más sensato propugnar el diseño de un procedimiento diferente y especial para la sustanciación de los procesos en que se ejerciten acciones colectivas de tipo resarcitorio.

A mi juicio, la clave de una buena regulación procedimental ha de hallarse precisamente en la inclusión, en la fase inicial del proceso, de un trámite de certificación, que debería servir para determinar si resulta admisible la tramitación del proceso como colectivo, para lo cual habría de apreciarse un grado suficiente de homogeneidad entre las concretas pretensiones resarcitorias individuales que se

---

68. El artículo 11.2 LOPJ señala que «Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal». En la misma línea, el artículo 247.2 LEC establece que «Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal». Estos preceptos, sin embargo, no parecen estar pensados para justificar una inadmisión a trámite de demandas infundadas o un sobreseimiento por ese motivo de procesos en curso, como explica A. Muñoz Aranguren, *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pp. 103-112.

habrán de poner en tela de juicio. Dicho análisis, de forma inevitable, habrá de servir para determinar el ámbito objetivo y subjetivo del proceso colectivo, en caso de que resulte admisible: cuáles serán las concretas conductas infractoras de los derechos de los consumidores que se van a enjuiciar (ámbito objetivo) y quiénes los concretos consumidores o categorías de consumidores que han de verse afectados por el proceso y su resultado (ámbito subjetivo, con arreglo a esquemas de exclusión —regla preferible— o de inclusión —regla secundaria a disposición del tribunal cuando lo considere mejor para una buena administración de justicia). Más aún, sería razonable que la decisión del tribunal acerca de la «certificación» de la acción como colectiva se adoptara tras un debate pleno y contradictorio, de modo que un hipotético rechazo del tribunal, una vez fuera firme, tuviera efectos negativos de cosa juzgada e impidiera la incoación de un nuevo proceso en que se intentara el ejercicio de la misma pretensión colectiva, aunque el demandante fuera otro.

En cualquier caso, un trámite de esta índole serviría para dar cumplimiento a la voluntad del legislador europeo de controlar la admisibilidad de la acción de representación (art. 7.3 DARC) y de rechazar lo antes posible las acciones infundadas (art. 7.7 DARC). Y podría aprovecharse, igualmente, para efectuar el control sobre las fuentes de financiación de la entidad demandante y la ausencia de conflicto de intereses en los casos de *third party funding* a que se refiere el artículo 10 DARC. Asimismo, si el legislador decidiera colocar esta pieza en un momento anterior a la contestación a la demanda, podría utilizarse para controlar la concurrencia de los presupuestos procesales —singularmente los relativos a la jurisdicción y la competencia del tribunal— y para verificar que la entidad demandante mantiene los requisitos necesarios para su designación inicial como entidad habilitada para el ejercicio de acciones colectivas.

Además de lo anterior, la Directiva impacta en el diseño de los procedimientos desde otros ángulos, entre los que cabe apuntar al menos los dos siguientes.

i) Es precisa la existencia de normas que disciplinen la coordinación entre procesos en que se estén ejercitando acciones colectivas diversas, para evitar que sus ámbitos objetivos y/o subjetivos se solapen (art. 9.4 DARC). Y es igualmente conveniente regular la posible interacción entre procesos colectivos y procesos en que se ejerciten acciones individuales, como apunta el Considerando 48.[69] Las normas vigentes sobre litispendencia y prejudicialidad pueden no resultar

69. «Los Estados miembros deben establecer normas para la coordinación entre acciones de representación, acciones individuales ejercitadas por los consumidores y cualquier otra acción destinada a proteger los intereses individuales y colectivos de los consumidores tal como se disponga en el Derecho de la Unión y nacional. Las medidas de cesación ordenadas en el marco de la presente Directiva deben entenderse sin perjuicio de las acciones individuales para obtener medidas resarcitorias ejercitadas por consumidores perjudicados por la práctica objeto de las medidas de cesación.»

adecuadas a este fin, pues parten de la premisa implícita de que concurren procesos en que existe una dualidad de partes «tradicional» y no atienden, por ello, a las necesidades específicas que se pueden plantear en estos casos, que requieren conjugar variables como la más eficaz administración de justicia en pro de los intereses colectivos de un número potencialmente elevado de consumidores que no están participando activamente en el proceso. En ambos casos, la elección entre un sistema *opt-in* y un sistema *opt-out* habrá de resultar determinante: las normas de coordinación serán tanto más necesarias cuanto más amplio sea el ámbito subjetivo de las acciones colectivas.

ii) También es necesaria la habilitación de cauces procesales adecuados para acceder a fuentes de prueba en poder de la parte contraria o de terceros, en los términos establecidos por el artículo 18 DARC. El sistema de diligencias preliminares y de exhibición documental de la LEC es claramente insuficiente para cubrir el estándar europeo: las diligencias preliminares tienen una regulación excesivamente rígida y no están a disposición del demandado; en cuanto a las diligencias de exhibición documental, la práctica las ha postergado a momentos avanzados del proceso, en que no sirven ya a la mejor preparación de la estrategia. Lo más sencillo, posiblemente, sería habilitar un cauce procedimental equivalente al diseñado en 2017 para trasponer la Directiva de acciones para la reclamación de daños derivados de infracciones a las normas de competencia [artículos 283 bis a) a 283 bis k) LEC][70] o, en su caso, una remisión a dichas normas, con las salvedades o singularidades precisas, como se hizo en el artículo 18 de la Ley de Secretos Empresariales. En el medio plazo, sería razonable que dicho sistema se generalizase, de conformidad con la Propuesta de Ley de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la trasposición de la Directiva 2014/104[71].

iii) Como se deduce sin dificultad de la lectura de la Directiva, son bastantes más los extremos que esta impone a los legisladores nacionales. Ocurre, a mi juicio, que no son estructurales a la hora de vertebrar el modelo de proceso colectivo y, en buena medida, su trasposición no resulta difícil, desde el punto de vista de la técnica legislativa. Así sucede, por ejemplo, con la eficacia probatoria que se quiere atribuir a las resoluciones judiciales o administrativas dictadas en otros Estados miembros y también por autoridades nacionales (art. 15 DARC). Se trata de una previsión extraña desde todos los puntos de vista,[72] por la aporía que supone otorgar valor probatorio a la convicción manifestada por otro

---

70. Cfr. F. Gascón Inchausti, «El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia», *La Ley Mercantil*, 2017, núm. 38 (julio), pp. 1-18.

71. A la que se puede acceder a través del siguiente enlace: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803763-Propuesta_de_Ley_de_la_Seccion_Especial_para_la_Trasposicion_de_la_Directiva_2014_104_UE__del_Parla.PDF

72. Para un análisis más detenido, cfr. F. Gascón Inchausti, «**¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», cit., pp.** 1313-1315.

—aunque ese otro sea un tribunal—. Pero la voluntad del legislador europeo es clara y su incorporación a nuestro ordenamiento resulta sencilla, pues puede bastar con una adaptación casi literal de su tenor. Cuestión distinta será su aplicación práctica, que puede dar lugar a situaciones paradójicas en que la misma resolución despliegue efectos diversos en función del proceso, pues su apreciación queda sujeta a la libre valoración del juzgador.

3.2.5. *Transacciones colectivas*

El quinto gran ámbito de impacto de la DARC sobre nuestro ordenamiento es el de las transacciones colectivas, a las que el legislador europeo prefiere llamar «acuerdos de resarcimiento» y que fomenta[73] y regula en el artículo 11. En este punto, el legislador español debe asumir que está todo por hacer. En efecto, no existe ningún precepto actualmente en vigor que contemple de manera directa —ni siquiera de forma medianamente indirecta— la posibilidad de articular de modo pactado el desenlace de una acción colectiva.

A toda solución pactada debe subyacerle algún tipo de negociación, más o menos estructurada o formalizada, que presupone la legitimación de quienes intervienen en ella. Asumir, como hace la Directiva, que los acuerdos de resarcimiento han de ser posibles —y deseables— significa reconocer que la legitimación que se atribuye a las entidades habilitadas para interponer demandas colectivas comprende también el poder de negociar en interés de los consumidores, aun cuando dicha negociación pueda suponer renunciar a parte de lo que se había pedido inicialmente.[74]

El artículo 11 DARC da por sentada la existencia de acuerdos de resarcimiento y se ocupa directamente de establecer ciertas pautas de cara a su homologación. Al hacerlo, pues, deja claro que el sistema de acciones de representación reconoce a las entidades habilitadas designadas la legitimación para negociar y suscribir acuerdos, sin perjuicio de que el resultado de esa negociación deba ser después supervisado por el tribunal y sin perjuicio también de que, en su caso, se pueda someter a una suerte de ratificación por parte de los consumidores.

La Directiva se muestra flexible en cuanto al modo de llegar al acuerdo: demandante y demandado pueden proponer conjuntamente al tribunal un acuerdo negociado entre ellos [art. 11.1 a) DARC]; pero puede ser también el tribunal quien les

---

73. El Considerando 53 no podría ser más claro: «En el marco de las acciones de representación para obtener medidas resarcitorias, deben fomentarse los acuerdos colectivos destinados a resarcir a los consumidores que hayan sufrido un daño o perjuicio.»

74. Sobre esto, cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, cit., pp. 187 y ss; también J.F. GARNICA MARTÍN, A. FERRERES COMELLA, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, M. AGUILERA MORALES, «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», cit.

inste a negociar y llegar a un acuerdo «en un plazo razonable» —con la consiguiente suspensión del proceso entre tanto— [art. 11.1 b) DARC]. Teniendo en cuenta la amplitud del contexto en que se abren las puertas a los acuerdos de alcance colectivos, los retos para el legislador nacional son diversos.

En primer término, hay que decidir el tipo de control al que se quiere someter los acuerdos antes de homologarlos. El artículo 11.2 DARC establece un mínimo innegociable: no se podrán aprobar los acuerdos contrarios a normas nacionales imperativas o que incluyan condiciones que no puedan cumplirse. Pero también se considera conforme con el sistema europeo una normativa nacional que someta al acuerdo a un control de fondo más intenso y que permita denegar la homologación de un acuerdo «por no ser equitativo». La opción por este nivel reforzado de control es, sin duda, más garantista para con los consumidores, pues evita que se puedan cometer abusos en perjuicio de aquellos. Pero hay que tener en cuenta también que un control de fondo acerca del carácter justo, equilibrado o equitativo de un acuerdo colectivo no deja de ser complejo[75] y en ciertos puntos discrecional: será preciso, en muchos casos, dotar al juez de poderes especiales para conseguir la información (documentos, informes periciales) que le permita valorar dichos extremos.

En segundo término, debe también decidirse si la vinculación al acuerdo de los consumidores afectados se deriva automáticamente de su homologación judicial o si, por el contrario, requiere algún tipo de aceptación previa o de ratificación posterior por parte de aquellos. El artículo 11.4 II DARC se muestra flexible, pues considera compatible con el sistema que se establezcan «normas que permitan a los consumidores individuales afectados por la acción de representación y por el posterior acuerdo, aceptar o rechazar quedar vinculados por los acuerdos». A mi juicio, se trata de una opción que guarda una estrecha relación con el tipo de control que se quiera establecer y, en un estadio anterior, con el diseño que se haga de la tutela resarcitoria (con arreglo a la dinámica de la inclusión o de la exclusión)[76]. Cuanto más intenso sea el control judicial previo a la homologación, más justificada estará su imposición directa a los consumidores afectados, especialmente si

---

75. En relación con las dificultades intrínsecas a este análisis cfr. C. Piché, *Le règlement à l'amiable de l'action collective*, Thomson Reuters Yvon Blais, Québec, 2014; A. Eggers, *Gerichtliche Kontrolle vom Vergleichen im kollektiven Rechtsschutz*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2019; A. Stadler, «Collective settlements», en A. Stadler / E. Jeuland / V. Smith (eds.), *Collective and Mass Litigation in Europe. Model Rules for Effective Dispute Resolution*, cit., pp. 252-261; S. Corominas Bach, «Las futuras transacciones colectivas en la Unión Europea: ¿escrutinio judicial o principio dispositivo?», en A. Montesinos García (dir.), *La Tutela de los Derechos e Intereses Colectivos en la Justicia del Siglo XXI*, cit., pp. 303-317, en pp. 312-315.

76. Como apunta J. López Sánchez, «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» («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», cit., p. 421).

estos ya han podido excluirse del proceso o han debido adherirse a él. La alternativa también es viable: un control judicial reducido —que el acuerdo no infrinja normas imperativas ni se supedite a condiciones de imposible cumplimiento— que se ve complementado por el control individual de los consumidores afectados —que son, en último término, quienes mejor pueden apreciar si el acuerdo es equitativo—. Esta segunda visión, sin embargo, puede resultar poco operativa: de un lado, por la necesaria demora que comportaría dar publicidad al acuerdo y recabar después el consentimiento de los consumidores afectados; y, sobre todo, por la incertidumbre que arroja acerca de la eficacia real del acuerdo. Cabe suponer que al empresario demandado le interesa llegar a una solución convencional si puede confiar en que el desenlace sea rápido y completo —algo que no está garantizado si puede «descolgarse» del acuerdo un número elevado de consumidores afectados por la acción de representación.

Asimismo, y aunque en esto el tenor de la Directiva no sea tan claro, también es importante que el legislador defina el momento del proceso en el que se puede celebrar un acuerdo y someterlo a homologación. El escenario será relativamente sencillo, pues los incentivos recíprocos son claros, una vez que la acción colectiva haya superado ya el umbral inicial de admisibilidad, esto es, cuando resulte claro que la pretensión colectiva es posible en cuanto tal y que, por tanto, el empresario demandado afronta un proceso colectivo. No obstante, resultará también de gran utilidad práctica que se puedan someter a homologación acuerdos negociados y alcanzados antes de que el proceso haya llegado a ese punto; es más, tampoco sería ilógico que ese tipo de acuerdos pudieran negociarse antes incluso de que se interpusiera la demanda, siguiendo el modelo pionero del ordenamiento holandés.[77] La opción legal por la homologación de acuerdos previos a la proclamación oficial de admisibilidad de la acción, no obstante, debería tener en cuenta justamente ese dato, es decir, que no se ha producido aún un control judicial acerca de si nos hallamos ante un supuesto en el que la tutela resarcitoria colectiva es posible, algo de lo que depende igualmente la legitimación de la entidad habilitada que haya negociado el acuerdo en interés de los consumidores. La homologación, en estos casos, debería tal vez supeditarse a un control adicional de procedencia de la acción colectiva en cuanto tal, sin el cual la extensión de la eficacia vinculante a terceros —incluso el mero hecho de someterlos al dilema de tener que desvincularse del acuerdo— podría ser constitucionalmente dudosa.

Finalmente, puede ser igualmente conveniente dar cabida a soluciones negociadas en los casos en que se ejerzan acciones de carácter cesatorio. En este punto una negociación en sentido estricto es más compleja de imaginar: o se cesa, o no se

77. En concreto, a través de una ley de 2005 sobre acuerdos colectivos ante daños en masa (*Wet collectieve afwikkeling massaschade),* que modificó el Código civil (arts. 907 a 910) y el Código procesal civil (arts. 1013 a 1018) de este país.

cesa y, en todo caso, de forma inmediata. Sea como fuere, la manera más sensata de afrontar esta cuestión es posiblemente la que ofrece el artículo 8.4 de la Directiva, que regula el requerimiento o consulta previa al empresario para que cese en la infracción. Esta fórmula no es novedosa, dado que estaba ya prevista en las directivas previas sobre acciones de cesación (art. 5 de las Directiva de 1998 y de 2009). Nuestro legislador, al trasponerlas, no quiso incorporarla, salvo en unos ámbitos muy específicos;[78] quizá haya llegado la hora de hacerlo.

3.2.6. *Cumplimiento y ejecución*

La regulación de mecanismos eficaces de cumplimiento y ejecución de las sentencias —o de los acuerdos resarcitorios— se halla a medio camino entre los deberes y las oportunidades que suscita la Directiva. Es evidente que un sistema nacional de acciones colectivas solo cumple con las exigencias de efectividad derivadas de la Directiva si es capaz de lograr que los consumidores obtengan las «reparaciones» o «soluciones» previstas por el ordenamiento cuando se ha visto lesionado alguno de sus derechos. La cuestión está, por supuesto, en el cómo.

Ya se ha visto antes que la LEC solo dedica a este extremo un único precepto, el artículo 519, que resulta insuficiente para resolver todos los problemas que puede llevar asociada la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción colectiva resarcitoria. La Directiva, de hecho, es aún más escueta, pues no se ocupa en ningún momento de la ejecución ni del cumplimiento de las sentencias o de los acuerdos. Sin embargo, se ha deslizado en ella un precepto que tiene un enorme potencial transformador al proyectarse sobre los ordenamientos nacionales. Se trata del artículo 9.6, en virtud del cual «Los Estados miembros velarán por que las medidas resarcitorias permitan a los consumidores beneficiarse de las soluciones que proporcionen dichas medidas resarcitorias *sin necesidad de ejercitar otra acción*.»

El inciso final, leído desde la óptica del principio de efectividad del Derecho de la Unión, obliga a los Estados miembros a poner todos los medios regulatorios para que el consumidor se beneficie de aquello que le otorgue una sentencia o un acuerdo sin tener que instar un proceso de ejecución. Así lo precisa el considerando 50, que aclara cómo el «ejercitar otra acción» del artículo 9.6 DARC ha de entenderse como «tener que iniciar un procedimiento distinto» y ofrece como ejemplo una acción individual para cuantificar el daño o perjuicio, al tiempo que señala que sí puede obligarse al consumidor a «presentarse ante una entidad encargada de la ejecución de la medida resarcitoria».

78. En la actualidad, el artículo 117 («Solicitud previa al ejercicio de la acción de cesación») del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Afrontar el mandato regulatorio inherente a este precepto será, sin duda, uno de los mayores retos a la hora de trasponer la Directiva. Obviamente, al establecer el deber de evitarle al consumidor tener que iniciar un procedimiento distinto el legislador europeo les impone a los Estados miembros una obligación de medios, no una obligación de resultado, pues no cabe que un precepto pensado para la mejora de la posición jurídica de los consumidores se pueda tornar en perjuicio de estos si no se les permite acudir a un tribunal cuando realmente lo necesiten. Ahora bien, esta última apreciación tampoco debe exonerar a los Estados miembros de sus deberes regulatorios. En otros términos, los medios que han de ofrecer para evitar «acciones» y «procedimientos» a los consumidores han de ser «serios» y eso, aunque resulte paradójico, debe incluir, en último término, que el consumidor afectado pueda instar mecanismos de ejecución forzosa.

Aunque pueden ser diversas las opciones idóneas en abstracto para lograr materializar la voluntad de la Directiva en este punto, pienso que deben en todo caso apoyarse en dos ideas clave:

i) En primer término, el legislador debe fomentar o estimular el cumplimiento voluntario por parte del empresario condenado, de modo que sea innecesaria la ejecución. A tal fin, es imprescindible que el contenido de la sentencia sea lo más preciso posible en extremos tales como la identificación de los beneficiarios, la prestación debida a cada consumidor o categoría de consumidores y el plazo dentro del cual debe procederse a hacer efectivas las medidas resarcitorias. Ese cumplimiento voluntario puede estimularse, en su caso, a través de multas coercitivas, aplicando por analogía el sistema de sanciones que el artículo 19 DARC, en sintonía con las directivas anteriores, establece para forzar el cumplimiento de las medidas de cesación.
   En muchos casos, sin embargo, el cumplimiento voluntario no será posible sin el concurso de los beneficiarios, que deben tal vez acreditar su condición de tales, si no están identificados en la sentencia, lo cual puede ser fuente de controversias cuya solución no quedará más remedio que encomendar a un tribunal. Asimismo, tratándose de condenas dinerarias con beneficiarios indeterminados, puede ser razonable que la sentencia fije un tanto alzado y establezca que la entidad demandante u otro sujeto, distinto del condenado, deba proceder a su liquidación; en estos casos, nuevamente, es posible que surjan controversias con ocasión de la distribución de esas sumas, que habrán de ser resueltas judicialmente.
ii) En determinadas situaciones no habrá más opción que proceder a la ejecución forzosa de la sentencia —o del acuerdo resarcitorio—. En estos casos, puede deducirse del artículo 9.6 de la Directiva una suerte de mandato implícito de promover que esa ejecución sea lo menos gravosa posible para los consumidores a título individual. Y esto se puede lograr por vías diversas, como encomendar la iniciativa y el impulso de la ejecución a la entidad habilitada en interés de

los consumidores insatisfechos o, incluso, establecer un impulso de oficio a la ejecución forzosa una vez la promueva —en términos sencillos— el propio consumidor insatisfecho.

3.2.7. *Financiación*

La cuestión de la dimensión económica y de la financiación de las acciones colectivas presenta aristas diferentes: trasponer la Directiva no presenta mayores dificultades desde el punto de vista de la técnica legislativa; no será tan sencillo, en cambio, lograr la eficiencia en la práctica, precisamente por las trabas que impone la propia Directiva.

Preparar, impulsar y gestionar un proceso colectivo puede ser complejo y requerir esfuerzos personales y económicos elevados: tareas como identificar a los consumidores afectados, comunicarse con ellos, obtener de ellos elementos probatorios pueden consumir recursos elevados y convertirse en factores disuasorios para el ejercicio de acciones colectivas, en perjuicio de los derechos de los consumidores. La Directiva no prefigura el modo en que podrá afrontarse por los Estados miembros la puesta en práctica del sistema, sino que se limita a establecer ciertas reglas que inciden sobre varias de las posibles formas de financiación que cabe imaginar:

— En primer término, es obvio que el coste del ejercicio de acciones colectivas habrá de ser sufragado por las propias entidades legitimadas. Teniéndolo en cuenta, el artículo 12 DARC sujeta la imposición de costas al principio objetivo del vencimiento: la expectativa de recuperación de los gastos incurridos es, sin duda, el factor más relevante a la hora de determinar la voluntad de una entidad habilitada. Dado que esta es de partida la regla en nuestro ordenamiento, la trasposición no debe ser disruptiva. La Directiva abre la puerta a las condiciones y excepciones que se prevean en la legislación procesal nacional a esta regla. Esta remisión es crucial, singularmente para los casos de vencimiento parcial, que pueden ser frecuentes si se ejercen acciones resarcitorias: será esperable que el *quantum* indemnizatorio concedido sea sustancialmente inferior al reclamado[79].
— En segundo lugar, el legislador europeo contempla la posibilidad de que la acción colectiva sea financiada por terceros. La regulación en relación con este extremo, sin embargo, muestra una alta desconfianza ante el temor de que conduzca a distorsiones derivadas de la inmisión de terceros con conflicto de

79. En este terreno de las excepciones, de hecho, aporta la directiva una previsión adicional: se prohíbe expresamente que sean los consumidores afectados por la acción quienes deban asumir las costas de la entidad habilitada o del empresario (art. 12.2), aunque se abre la puerta a que los consumidores individuales deban pagar las costas provocadas por ellos de forma deliberada o negligente, en proporción al impacto de su conducta (art. 12.3).

intereses. Por eso, la entidad demandante queda obligada a revelar la existencia de un tercero que esté financiando su acción y la detección de un posible conflicto de intereses puede determinar la renuncia a la financiación o la exclusión de la legitimación de la entidad demandante (art. 10 DARC). Debe observarse, en todo caso, que el *third party funding* tampoco es la panacea, en el contexto general de la Directiva, pues estos procesos ofrecen pocos incentivos para terceros financiadores: la exclusión de los daños punitivos y el estricto control sobre el destino de los fondos que se logren pueden determinar que, en la práctica, los terceros con capacidad para financiar el proceso no vean provecho o beneficio para ellos en hacerlo.[80]

— En tercer lugar, apunta la Directiva igualmente a una financiación pública o, si se prefiere, a una contribución pública para limitar los gastos asociados a una acción colectiva. En este sentido, el artículo 20.1 DARC impone a los Estados miembros el deber de adoptar medidas destinadas a garantizar el acceso de las entidades habilitadas a los procesos colectivos. Y el artículo 20.2 DARC ofrece, a modo de ejemplo de financiación pública, un apoyo estructural a las entidades habilitadas, la limitación de tasas judiciales aplicables o el acceso a asistencia jurídica gratuita. Como puede advertirse, la trasposición de la Directiva en este punto requiere algo más que un «copia y pega» de estas normas, pues ha de ir asociada al diseño de políticas omnicomprensivas en materia de tutela de los consumidores, que no es fácil sujetar a los plazos de incorporación del artículo 24 DARC. Cabe pensar, por ejemplo, en destinar a este fin todo o parte de lo recaudado en concepto de multas coercitivas por incumplimiento de sentencias, o el remanente de la cantidad que sobre tras repartir el importe de una condena a tanto alzado entre todos los beneficiarios que hayan concurrido a solicitar su parte.

— Finalmente, y como alternativa o complemento a la financiación pública, el artículo 20.3 DARC faculta a los Estados miembros a que establezcan normas en virtud de las cuales se pueda exigir a los consumidores afectados la contribución al soporte económico del proceso, a través de una suma que en todo caso ha de ser «modesta».[81] Implantar esta regla, sin embargo, será problemático, en especial si se sigue un modelo de exclusión.

---

80. Cfr., entre otros, S. MENÉTREY, «Le financement privé des actions collectives: perspective comparative et enjeux européens», *Revue internationale de droit économique*, 2018-4, pp. 499-515; A. STADLER, «Third Party Funding of Mass Litigation in Germany. Entrepreneurial Parties — Curse or Blessing?», en L. CADIET, B. HESS, M. REQUEJO ISIDRO, *Privatizing Dispute Resolution. Trends and Limits*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 209-232; S. COROMINAS BACH, «La financiación de las acciones colectivas en la Unión Europea: un análisis crítico a partir de la experiencia comparada», en T. ARMENTA DEU, S. PEREIRA PUIGVERT (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, cit., pp. 297-313; P. SÁNCHEZ RIVERA, «La financiación de las acciones colectivas y la third party funding. Especial referencia a la experiencia en Australia y Estados Unidos», en T. ARMENTA DEU, S. PEREIRA PUIGVERT (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, cit., pp. 315-332.

81. Algo que, por ejemplo, ya contempla la legislación italiana en el artículo 840-sexies del *Codice di procedura civile*: dictada por el tribunal sentencia estimando la acción colectiva, se abre a los consumidores la

— Al margen de lo anterior, cabe pensar también en una financiación del proceso por los propios despachos de abogados, en la medida en que los límites impuestos a nivel interno a los pactos de *quota litis* les permitan obtener algún margen de beneficio.

En vista del panorama, resulta difícil vaticinar el nivel de utilidad práctica de la herramienta diseñada por el legislador europeo. Existe un claro riesgo de «muerte por inanición» si la financiación se convierte realmente en un problema. Y esto, a su vez, obliga a plantearse si en realidad no hay forma de arbitrar un sistema eficaz de tutela colectiva resarcitoria que no sea manejando las mismas o, al menos, algunas variables del modelo estadounidense.[82] Y es que si, al final, el funcionamiento acaba dependiendo del apoyo público que reciban las entidades habilitadas, llega un momento en que puede considerarse redundante, pues cabría concluir que sería más hacedero crear una superestructura administrativa regulatoria, como el hipotético «Defensor del Pueblo Europeo en materia de acciones de representación para obtener medidas de cesación y medidas resarcitorias» cuya creación se contempla en el artículo 23.3 DARC[83].

4. Algunas conclusiones

Son muchos, en definitiva, los retos que genera la trasposición de la Directiva 2020/1828. En algunos puntos, los cambios que han de introducirse son estrictamente debidos, pues se corresponden con extremos no regulados en la actualidad o en los que la regulación vigente resulta incompatible con las previsiones del legislador europeo: es lo que sucede con las transacciones colectivas y con la ejecución —tanto de sentencias como de transacciones. En relación con otros aspectos, la trasposición de la Directiva debería servir como oportunidad para la mejora de un sistema de tutela colectiva que se ha revelado ineficaz y disfuncional. Debe reconocerse, como premisa de cualquier labor de trasposición de la DARC, que el sistema vigente no funciona bien y no ha servido para canalizar la litigación masiva

---

facultad de decidir si se adhieren a ella —en caso de que no lo hubieran hecho aún—; el tribunal, al dictar esa sentencia, además de fijar el plazo para adherirse, puede establecer el importe con el que debe contribuir cada uno al sostenimiento de las actuaciones.

82. G. CALABRESI, K. SCHWARTZ, «The costs of class actions: allocation and collective redress in the US experience», *European journal of law and economics*, 2011-2, pp. 169-183; A. STADLER, «Abtretungsmodelle und gewerbliche Prozessfinanzierung bei Masseschäden», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2018-4, pp. 189-194; A. CASSONE, G.B. RAMELLO (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, pp. 219-236.

83. Según el precepto, a más tardar cinco años después de la aplicación de la directiva, la Comisión valorará si las acciones de representación transfronterizas pueden abordarse mejor a escala de la Unión estableciendo un Defensor del Pueblo Europeo para las acciones de reparación colectivas. A tal fin, se elaborará un informe y se enviará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, acompañado, en su caso, de la correspondiente propuesta.

a que se han tenido que enfrentar nuestros tribunales en los últimos años. Los límites entre los cambios obligados y los cambios oportunos no son siempre claros, razón de más para propugnar una reforma ambiciosa que, respetando los mandatos y las líneas rojas del legislador europeo, ofrezca una regulación completa y sistemática que tenga en cuenta lo que cabe esperar de la tutela judicial colectiva en el entramado más amplio de la protección de los derechos de los consumidores.

5. Bibliografía

AGUILERA MORALES, M., «Articulación procesal de acciones individuales y colectivas en defensa de los consumidores a la luz del Derecho de la Unión», *Revista Española de Derecho Europeo*, 63 (2017), pp. 111-127.

AGUILERA MORALES, M., «Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828», *Revista Española de Derecho Europeo*, núms. 78-79, Abril - Septiembre 2021, pp. 97-138.

ARIZA COLMENAREJO, M.J., «Ejecución de acciones colectivas en España y en la Unión Europea», en T. Armenta Deu, S. Pereira Puigvert (coords.), *Acciones Colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, ARMENGOT VILAPLANA, A., *Hacia la reconstrucción de la acción colectiva*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013.M, pp. 253-271.

ASHTON, D., *Competition Damages Actions in the EU* (2ª ed.), Edward Elgar, 2018, pp. 281-351.

BÁNDI, G., DARÁK, P., LÁNCOS, P., TÓTH, T. (eds.), *Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law (2016 FIDE Congress)*, Wolters Kluwer, Budapest, 2016.

BARKER, G., FREYENS, B.P., «The economics of the European Commission's recommendation on collective redress», en E. Lein, D. Fairgrieve, M. Otero Crespo, V. Smith (eds.), *Collective redress in Europe: why and how?*, British Institute of International and Comparative Law, 2015, pp. 5-30.

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 G. García-Rostán Calvín, J. Sigüenza López (dirs.), *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 591-610.

BIARD, A., *Judges and Mass Litigation — A (Behavioural) Law & Economics Perspective*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2014.

BIARD, A., «Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds?», *ERA Forum*, Vol. 19, 2018, pp. 189-204.

BIARD, A., KRAMER, X.E., «The EU Directive on Representative Actions for Consumers: a Milestone or Another Missed Opportunity?», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2019-2), pp. 249-259.

BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BRUNS, A., «Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?», *Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol. 125, 2012, pp. 399-419.

CACHÓN CADENAS, M., REYNAL QUEROL, N., «Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2015-2, pp. 141-162.

CALABRESI, G., SCHWARTZ, K., «The costs of class actions: allocation and collective redress in the US experience», *European journal of law and economics*, 2011-2, pp. 169-183.

CARRASCO PERERA, A., GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «¿Acciones de clase en el proceso civil?», *Aranzadi Civil*, núm. 3/2001.

CARRERAS LLANSANA, J., «Facultades materiales de dirección» en *Estudios de Derecho Procesal* (con M. Fenech Navarro), Bosch, Barcelona, 1962.

CASSONE, A., RAMELLO, G.B. (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

CORDÓN MORENO, F., «Examen de los instrumentos de tutela previstos en la Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 36, 2020, pp. 166-180. *https://doi.org/10.18239/RCDC_2020.36.2639*

COROMINAS BACH, S., «Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la Recomendación de 11 de junio de 2013)», *Revista General de Derecho Europeo*, 34 (octubre 2014).

COROMINAS BACH, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018.

COROMINAS BACH, S., «La financiación de las acciones colectivas en la Unión Europea: un análisis crítico a partir de la experiencia comparada», en T. ARMENTA DEU, S. PEREIRA PUIGVERT (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pp. 297-313.

COROMINAS BACH, S., «Las futuras transacciones colectivas en la Unión Europea: ¿escrutinio judicial o principio dispositivo?», en A. Montesinos García (dir.), *La Tutela de los Derechos e Intereses Colectivos en la Justicia del Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 303-317.

CORTÉS, P., «The New Landscape of Consumer Redress: The European Directive on Consumer Alternative Dispute Resolution and the Regulation on Online Dispute Resolution», en P. Cortés (ed.) *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution,* Oxford University Press, 2016, pp. 17-40.

D'ALESSANDRO, E., «Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos», *Revista de Derecho Privado*, Nº. 34, 2018, pp. 313-326.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del juez en el proceso civil*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

DE LUIS GARCÍA, E., «La tutela colectiva del medio ambiente», en A. Montesinos García (dir.), *La Tutela de los Derechos e Intereses Colectivos en la Justicia del Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 345-358.

DOMEJ, T., «Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?», *Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol. 125, 2012, pp. 421-458.

DOMEJ, T., «Die geplante EU-Verbandsklagenrichtlinie — Sisyphos vor dem Gipfelsieg?», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2019-3), pp. 446-471.

DONDI, A., (dir.), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Giuffrè, Milán, 2011.

EGGERS, A., *Gerichtliche Kontrolle vom Vergleichen im kollektiven Rechtsschutz*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2019.

EISENBERG, T., MILLER, G., «The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues», *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2004, pp. 1529 y ss.

EISENBERG, T., MILLER, G., «Incentive Awards to Class Action Plaintiffs: an Empirical Study», 53 *UCLA L. Rev.* 1303 (2005-2006).

ELIANTONIO, M., «Collective Redress in Environmental Matters: A Role Model or a 'Problem Child'?», *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 41, 2014, p. 257-273.

ERVO, L., «Opt-In is Out and Opt-Out is In: Dimensions Based on Nordic Options and the Commission's Recommendation», en B. Hess, M. Bergström, E. Storskrubb (eds.), *EU Civil Justice. Current issues and Future Outlook*, Hart. 2016, pp. 185-200.

FAIRGRIEVE, D., HOWELLS, G., «Collective Redress Procedures — European Debates», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, 2009, pp. 379-409.

FALLA, E., *Powers of the judge in collective redress proceedings*, Université Libre de Bruxelles, Febrero 2012 (Research Paper submitted to BEUC, the European Consumer Organisation, https://www.beuc.eu/publications/2012-00227-01-e.pdf).

GARNICA MARTÍN, J.F., FERRERES COMELLA, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., AGUILERA MORALES, M., «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», *Diario La Ley*, Nº 9939.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas, Madrid, 2010.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia», *La Ley Mercantil*, 2017, núm. 38 (julio), pp. 1-18.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020) Vol. 12, Nº 2, pp. 1290-1323 (https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5672).

GASCÓN INCHAUSTI, F., «A new European way to collective redress? Representative actions under Directive 2020/1828 of 25 November», *GPR-Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union - European Union Private Law Review - Revue de droit privé de l'Union européenne*, 2-2021, pp. 61-80.

HARSÁGI, V., VAN RHEE, C.H. (eds.), *Multi-party redress mechanisms in Europe: squeaking mice?*, Intersentia, Cambridge, 2014.

HENSLER, D., HODGES, C., TZANKOVA, I. (eds.), *Class actions in context: How culture, economics and politics shape collective litigation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016.

HODGES, C., *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*, Hart, 2008.

HODGES, C., «Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Sqibb?», *Journal of Consumer Policy*, Vol. 37, 2014, p. 67-89.

HODGES, C., STADLER, A. (eds.), *Resolving mass disputes: ADR and settlement of mass claims*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013.

HODGES, C., VOET, S., «Consumer Dispute Resolution Mechanisms: Effective Enforcement and Common Principles», en B. Hess and X. Kramer (eds.), *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2017, pp. 353-377.

ISSACHAROFF, S., MILLER, G.P., «Will Aggregate Litigation come to Europe?», *Vanderbilt Law Review*¸ Vol. 62*,* 2009, pp. 179 y ss.

KOWOLLIK, E.-M., *Europäische Kollektivklage: Referenzrahmen fur ein Leistungsfähiges Europäisches Justizsystem*, Nomos, Baden-Baden, 2018.

KRANS, B., NYLUND, A. (eds.), *Procedural Autonomy across Europe*, Intersentia, Cambridge, 2020.

LACUEVA BERTOLACCI, R., *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LECiv*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

LAW, S., «Your Place? Mine? Or Theirs? A Legal and Policy-orientated Analysis of Jurisdiction in Cross-Border Collective Redress», en B. Hess, K. Lenaerts (eds.), *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2020, pp. 349-391.

LAW, S., NOWAK, J.t., «Procedural Harmonisation by the European Court of Justice: Procedural Autonomy and the Member States' Perspective», en F. Gascón Inchausti, B. Hess (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure: Coordination or Harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020, pp. 17-89.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «De la colectivización de acciones individuales a la tutela colectiva inhibitoria y de control abstracto de licitud», en J.F. Herrero Perezagua (dir.), *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 173-202.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos* (I. Díez-Picazo Giménez, J. Vegas Torres, coords.), Madrid, 2016, Vol. I, pp. 1883-1913.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Acciones colectivas y ejercicio de facultades dispositivas», en T. Armenta Deu, S. Pereira Puigvert (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pp. 61-91.

MARTÍN PASTOR, J., «La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación», en T. Armenta Deu, S. Pereira Puigvert (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pp. 93-120.

MARTÍN PASTOR, J., *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MELLER-HANNICH, C., «Kollektiver Rechtsschutz in Europa und Europäischer Kollektiver Rechtsschutz», *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2014-2, pp. 92-98.

MENÉTREY, S., «Le financement privé des actions collectives: perspective comparative et enjeux européens», *Revue internationale de droit économique*, 2018-4, pp. 499-515.

MONEY-KYRLE, C. HODGES, R., «European Collective Action: Towards Coherence?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 19, 2012, pp. 477-504.

MONEY-KYRLE, R., «Legal Standing in Collective Redress Actions for Breach of EU Rights: Facilitating or Frustrating Common Standards and Access to Justice?», en B. Hess, M. Bergström, E. Storskrubb (eds.), *EU Civil Justice. Current issues and Future Outlook*, Hart, 2016, pp. 223-254.

MONTESINOS GARCÍA, A., «Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR», REDUR 12, diciembre 2014, pp. 87-112 (https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero12/montesinos.pdf)

MONTESINOS GARCÍA, A., «La propuesta de directiva para la tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea», *Actualidad civil*, 2018-9.

MULHERON, R., «The case for an opt-out class action for European Member States: A legal and empirical analysis», *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, 2008-2009, pp. 409 y ss.

MULHERON, R., «A channel apart: why the United Kingdom has departed from the European Commission's Recommendation on class actions», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 14, 2015, pp. 36–65.

MUÑOZ ARANGUREN, A., *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018.

NAGAREDA, R., «Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism», 62 *Vanderbilt Law Review* (2009), pp. 1-52.

NAGY, C.I., «The European Collective Redress Debate after the European Commission's Recommendation: One Step Forward, Two Steps Back?», *Maastricht journal of European and Comparative law*, 2015-4, pp 530-552.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «El 'dieselgate' ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva», *InDret*, 3-2020, pp. 26-58.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «Los ejes fundamentales del sistema de acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas de *lege ferenda*», *Justicia*, 2020-2, p. 47-110.

ORTELLS RAMOS, M., «Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica en España», *Revista General de Derecho Procesal*, Nº. 48, 2019.

PATO, A., «The Collective Private Enforcement of Data Protection Rights», en L. Cadiet, B. Hess, M. Requejo Isidro, *Privatizing Dispute Resolution. Trends and Limits*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 131-154.

PATO, A., RODRIGUEZ PINEAU, E., «Acciones colectivas para la protección transfronteriza de datos personales», *International Journal of Procedural Law*, 2021-2, pp. 235-255.

PICHÉ, C., *Le règlement à l'amiable de l'action collective*, Thomson Reuters Yvon Blais, Québec, 2014.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PLANCHADELL GARGALLO, A., «Los retos de Europa ante la litigación colectiva», en I. Díez-Picazo Giménez, J. Vegas Torres (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Ramón Areces, Madrid, 2016, Vol. II, pp. 2615-2633.

PLANCHADELL GARGALLO, A., «Acciones colectivas y acceso a la justicia», en A. Montesinos García (dir.), *La Tutela de los Derechos e Intereses Colectivos en la Justicia del Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 175-205.

REQUEJO ISIDRO, M., «La aplicación privada del derecho para la protección de las personas físicas en materia de tratamiento de datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679», *La Ley Mercantil*, Nº 42 (diciembre 2017).

SÁNCHEZ RIVERA, P., «La financiación de las acciones colectivas y la third party funding. Especial referencia a la experiencia en Australia y Estados Unidos», en T. ARMENTA DEU, S. PEREIRA PUIGVERT (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pp. 315-332.

SIBONY, A.L., «A behavioural perspective on collective redress», en E. Lein, D. Fairgrieve, M. Otero Crespo, V. Smith (eds.), *Collective redress in Europe: why and how?*, British Institute of International and Comparative Law, 2015, pp. 47-57.

SILVER, C., «We're Scared to Death': Class Certification and Blackmail», 78 *New York University Law Review*, Vol. 78, 2003, pp. 1357-1430.

SILVESTRI, E., «Towards a common framework of Collective Redress in Europe? An Update of the latest Initiatives of the European Commission», *Russian Law Journal*, 1, 2013, pp. 46-56.

SORABJI, J., «Reflections on the Commission Communication on Collective Redress», *Irish Journal of European Law*, Vol. 17, 2014, pp. 62-76.

STADLER, A., «Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz in Europa - der Abschied von einem kohärenten europäischen Lösungsansatz?», *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2013-5, pp. 281-292.

STADLER, A., «Class Actions in den USA als Vorbild für Europa?», en C. Brömmelmeyer (ed.), *Die EU-Sammelklage, - Status und Perspektiven*, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 91-108.

STADLER, A., «Abtretungsmodelle und gewerbliche Prozessfinanzierung bei Massenschäden», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2018-4, pp. 189-194.

STADLER, A., «Third Party Funding of Mass Litigation in Germany. Entrepreneurial Parties — Curse or Blessing?», en L. CADIET, B. HESS, M. REQUEJO ISIDRO, *Privatizing Dispute Resolution. Trends and Limits*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 209-232.

STADLER, A., «Collective settlements», en A. Stadler, E. Jeuland, V. Smith (eds.), *Collective and Mass Litigation in Europe. Model Rules for Effective Dispute Resolution*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020.

STIEFEL, E.C., STÜRNER, R., STADLER, A., «The enforceability of excessive U.S. punitive damage awards in Germany», *American Journal of Comparative Law*, 1991-4, pp. 779-802.

STRANDBERG, M., SMITH, V., «Case management and the role of the judge», en A. Stadler, E. Jeuland, V. Smith (eds.), *Collective and Mass Litigation in Europe. Model Rules for Effective Dispute Resolution*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 164-181.

TZANKOVA, I., «Case Management: the stepchild of mass claim dispute resolution», *Uniform Law Review*, 2014, Vol. 19-3, pp. 329-351.

TZANKOVA, I., «Legal standing in collective redress», en A. Stadler, E. Jeuland, V. Smith (eds.), *Collective and Mass Litigation in Europe. Model Rules for Effective Dispute Resolution*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 127-147.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., «On minimum standards in Consumer ADR», en R. Caponi, F. Gascón Inchausti, M. Stürner (eds.), *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice. New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013*/11, Sellier, Munich, 2015, pp. 131-148.

VOET, S., «European Collective Redress: A Status Quaestionis», *International Journal of Procedural Law*, Vol. 4, 2014, pp. 97-128.

VOET, S., «Actions for collective redress», en B. Hess, S. Law (eds.), *Implementing EU Consumer Rights by National Procedural Law. Luxembourg Report on European Procedural Law II*, Beck-Hart-Nomos, Munich, 2019, pp. 165-170.

WAGNER, G., «Harmonisation of Civil Procedure: Policy Perspectives», en X.E. Kramer, C.H. van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, Asser Press, La Haya, 2012, pp. 93-119.

WEBER, F., «'A chain reaction' or the necessity of collective actions for consumers in cartel cases», *Maastricht Journal of European and Comparative law*, 2018-2, pp. 208-230.

WILLEMS, H., «Bemerkungen zu den Brüsseler Gesetzgebungsplänen aus Sicht des Bundesverbands der Deutschen Industrie (BDI)», en C. Brömmelmeyer (ed.), *Die EU-Sammelklage, - Status und Perspektiven*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 17-20.

Capítulo 17 | La litigación asociada al *Dieselgate* en Alemania como muestra de las dificultades que afrontan los sistemas nacionales de tutela colectiva

*Thomas W. Thamm**

SUMARIO: 1. EL ESCÁNDALO DE LAS EMISIONES DE VOLKSWAGEN: LOS HECHOS. 2. EL MARCO JURÍDICO DE LA TUTELA COLECTIVA EN ALEMANIA ENTRE 2015 Y 2018. 3. LA CREACIÓN DEL PROCESO DECLARATIVO MODELO EN 2018: NOCIONES BÁSICAS: 3.1. Primer paso: El procedimiento modelo. 3.2. Segundo paso: Las demandas consecutivas. 4. BAJA ACEPTACIÓN DEL PROCESO DECLARATIVO MODELO. 5. DEFICIENCIAS DEL PROCESO DECLARATIVO MODELO: 5.1. Demandas consecutivas por parte de consumidores individuales. 5.2. Acuerdo judicial. 5.3. Limitación de los honorarios de los abogados en el procedimiento modelo. 6. NECESIDAD DE MECANISMOS EFICACES DE TUTELA COLECTIVA EN ALEMANIA. 7. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE LA UE SOBRE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN. 8. IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN. 9. LA CESIÓN DE CRÉDITOS A PROVEEDORES DE SERVICIOS. 10. BIBLIOGRAFÍA.

Los actuales instrumentos de tutela colectiva en Alemania no son suficientes para abordar los casos de daños masivos.[1] Esto afecta tanto a los demandantes como al poder judicial.[2] La Asociación Alemana de Jueces acaba de presentar una peti-

* *Thomas W. Thamm es investigador de la cátedra de Derecho Civil, Derecho Procesal Civil, Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado (Prof. Dr. Philipp M. Reuß, MJur (Oxford)) de la Universidad de Göttingen; con anterioridad fue colaborador del Max Planck Institute Luxembourg.* *Este trabajo tiene su origen en la ponencia del autor en el seminario celebrado en la Universidad Complutense de Madrid los días 31 de mayo y 1 de junio de 2022. El autor agradece al Prof. Dr. Fernando Gascón Inchausti (Universidad Complutense de Madrid) la invitación al seminario y la traducción del inglés al español de este trabajo; agradece también al Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess y al Prof. Dr. Philipp M. Reuß, MJur (Oxford) sus valiosas observaciones.*
El autor fue colaborador de Freshfields Bruckhaus Deringer en Alemania. Las opiniones expresadas en este trabajo lo son exclusivamente del autor.

1. Para un análisis de la efectividad de los instrumentos de aplicación del derecho privado en Alemania cfr. *Thamm*, «Public and Private Enforcement of Consumer Law in Germany (2020/2021)», en *Law/Richard* (Eds.), *Public and Private Enforcement of Consumer Law — Insights for Luxembourg*, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 414 y ss.

2. En cambio, la situación tiende a ser favorable para las empresas demandadas, que pueden retrasar por mucho tiempo el dictado de resoluciones que sienten precedente. En relación con el escándalo por las emisiones de Volkswagen, cfr. *Thamm*, supra n. 1, pp. 416 y ss.

ción de ayuda en un dictamen elaborado *motu proprio*.[3] Según la mencionada Asociación de Jueces, „es muy necesario actuar para garantizar el funcionamiento de los tribunales y contrarrestar la pérdida de confianza en el funcionamiento de la justicia, que de hecho está en peligro debido a los procedimientos masivos [traducido por el autor]« [4]. La litigación asociada al *Dieselgate* es paradigmática en este sentido. Los Tribunales Regionales Superiores alemanes recibieron aproximadamente 10.000 demandas relacionadas con el escándalo de las emisiones en el conjunto de 2018; en 2019 fueron 40.000; 30.000 en 2020; y en 2021 fueron de nuevo casi 40.000 demandas.[5]

En primer lugar, se resumirán brevemente los hechos del escándalo de las emisiones de Volkswagen (1). Debido a la falta de mecanismos eficaces de tutela colectiva en el ámbito de la protección de los consumidores, el legislador alemán se enfrentó a una presión creciente a finales de 2018 (2). Su reacción fue introducir el llamada proceso declarativo modelo (3). Aunque su introducción era necesaria, el proceso declarativo no se ha utilizado con frecuencia en la práctica (4). Esto se debe a una serie de deficiencias en la ley (5). En todo caso, son necesarios mecanismos de tutela colectiva más eficaces en Alemania (6). Son varias las opciones que, en este sentido, se discuten al abordar la trasposición de la Directiva de la UE sobre acciones de representación[6] (7). Al mismo tiempo, no pueden dejar de señalarse las posibilidades que se abren con la digitalización (8). En cualquier caso, la confirmación de la legalidad de la cesión de créditos a proveedores de servicios,[7] que se usa también en la práctica para abordar casos de daños masivos, ha supuesto un importante cambio en las reglas del juego (9).

---

3. Asociación Alemana de Jueces (*Deutscher Richterbund*), Dictamen No. 1/22 de Mayo de 2022, *Initiativstellungnahme des Deutschen Richterbundes zur besseren Bewältigung von Massenverfahren in der Justiz*, accesible en https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2022/DRB_220512_Stn_Nr_1_Massenverfahren.pdf (último acceso: 1 de julio de 2022).

4. «*Es besteht erheblicher Handlungsbedarf, um die Arbeitsfähigkeit der Gerichte sicherzustellen und einem Vertrauensverlust in die Funktionsfähigkeit der Justiz, die durch Massenverfahren tatsächlich gefährdet wird, entgegenzuwirken*». («*Es muy necesario actuar para garantizar la capacidad de trabajo de los tribunales y contrarrestar la pérdida de confianza en el funcionamiento de la Justicia, que de hecho está en peligro por los litigios masivos*»), cf. Asociación Alemana de Jueces (*Deutscher Richterbund*), supra n. 3, en el apartado 1 del resumen inicial.

5. Asociación Alemana de Jueces (*Deutscher Richterbund*), supra n. 3, apartado 6.

6. Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

7. Cfr. Tribunal Federal de Justicia (*BGH*), Sentencia de 13 de julio de 2021 – II ZR 84/20, NJW 2021, 3046 y ss.; Tribunal Federal de Justicia (*BGH*), Sentencia de 27 de noviembre de 2019 – VIII ZR 285/18, NJW 2020, 208 y ss. En relación con asuntos transfronterizos, cfr. Tribunal Federal de Justicia (*BGH*), Sentencia de 13 de junio de 2022 – VIa ZR 418/21. Los fundamentos de la sentencia aún no se han publicado a fecha 1 de julio de 2022.

1. El escándalo de las emisiones de Volkswagen: los hechos

En septiembre de 2015, la Agencia de Protección del Medio Ambiente de Estados Unidos emitió un aviso de infracción de la *Clean Air Act* (lit., «Ley de Aire Limpio») frente a Volkswagen. El fabricante de automóviles había instalado intencionadamente un software específico que desactivaba los controles de emisiones en los motores diésel más allá de las pruebas de emisiones de laboratorio. Esto dio lugar a valores de emisiones más bajos en las pruebas de emisiones de laboratorio que en el funcionamiento normal de conducción.

El escándalo de las emisiones afectó en general a los destacados motores EA 189. Sin embargo, hay que señalar que también otros motores, como el modelo EA 288, la evolución del EA 189, están en litigio, aunque en estos casos los hechos no están tan claros como en los relativos a motores EA 189.[8] De hecho, el Tribunal Federal de Justicia no ha podido pronunciarse hasta ahora sobre el motor EA 288.[9] Inicialmente, se fijó una primera vista oral para el 30 de junio de 2022, que se canceló.[10] Hasta la fecha no se ha convocado juicio oral en ningún otro proceso.

No solo el grupo Volkswagen, sino también Daimler, se enfrenta a demandas por el escándalo de las emisiones; actualmente, tiene un procedimiento modelo pendiente ante el Tribunal Regional Superior de Stuttgart. [11]

Solo en Alemania, el motor EA 189 —el más afectado— se instaló en alrededor de 2,4 millones de vehículos.[12] En total, hay unos 11 millones de coches afectados[13] y Volkswagen ha sido demandada en todo el mundo por sus clientes. Este trabajo solo se centra en la litigación asociada al Dieselgate en Alemania. Y tampoco aborda otro de los frentes legales derivados del escándalo, el de las demandas interpuestas por los inversores.[14]

---

8. Cfr. *Heese*, Sachaufklärung im Dieselskandal – Probleme und Abhilfen, NJW 2021, 887 (889).

9. La actividad en curso, incluidas las audiencias, puede consultarse en la página web del Tribunal Federal de Justicia (*BGH*), https://www.bundesgerichtshof.de/EN/Home/homeBGH_node.html, último acceso: 1 de julio de 2022. Lamentablemente el acceso en inglés es limitado y no es posible en español.

10. Cfr. Comunicación del Tribunal Federal de Justicia (*BGH*), 30 de junio de 2022, https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Termine/DE/OhneTermin/VIIZR412-21.html?nn=10660434, último acceso: 1 de julio de 2022.

11. Tribunal Regional Superior (*OLG*) de Stuttgart, 24 MK 1/21.

12. Nota de prensa de Volkswagen, 15 de Octubre de 2015, https://www.volkswagen-newsroom.com/de/pressemitteilungen/rueckruf-betroffener-ea189-dieselfahrzeuge-durch-das-kraftfahrtbundesamt-kba-beschlossen-2106, último acceso: 1 de julio de 2022.

13. *Heese*, Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal, JZ 2019, 429 (429).

14. Cfr. de modo general Tribunal Regional Superior (*OLG*) de Brunswick, 3 Kap 1/16 (demandas contra Volkswagen y Porsche), y Tribunal Regional Superior (*OLG*) de Stuttgart, 20 Kap 2/17 (demanda contra Porsche).

2. El marco jurídico de la tutela colectiva en Alemania entre 2015 y 2018

En 2015, la legislación alemana no preveía un mecanismo de tutela colectiva por daños y perjuicios en el ámbito del derecho de los consumidores. Solo existía la Ley de Procesos Modelo de los Mercados de Capitales,[15] que se introdujo en 2005 para gestionar el inmenso número de reclamaciones presentadas por inversores de Telekom por información falsa en varios folletos de Telekom. Pero la Ley de Procesos Modelo solo se aplica a los casos de fraude en los mercados de capitales.[16]

Por lo tanto, en principio cada consumidor que pretendiera obtener una compensación se veía obligado a presentar una demanda individual. Como las posibles reclamaciones de garantía de los consumidores contra los concesionarios de vehículos ya prescribieron en 2017 o antes, los demandantes en 2018 se centraron cada vez más en el fabricante, en muchos casos Volkswagen.

El legislador alemán se enfrentó así a una presión creciente para actuar. En principio, las posibles demandas habrían prescrito a finales de 2018.[17] Con la introducción del proceso declarativo modelo el 1 de noviembre de 2018, el legislador alemán buscó ayudar a los consumidores.[18] Y es que el registro de la reclamación individual en el proceso modelo suspende el plazo de prescripción de la acción.[19]

En consecuencia, en el escándalo de las emisiones de Volkswagen, hay que diferenciar, de modo genérico, entre las demandas civiles individuales y los procesos declarativos modelo ante el Tribunal Regional Superior de Brunswick. La primera de estas últimas se presentó el propio 1 de noviembre de 2018.[20]

3. La creación del proceso declarativo modelo en 2018: nociones básicas

El proceso declarativo modelo es aplicable en casos de daños masivos en los que una multitud de consumidores hacen valer reclamaciones similares contra la mis-

---

15. *Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (KapMuG*).

16. Al margen de esto, solo existían mecanismos de tutela inhibitoria en relación con materias específicas, como la competencia desleal. Más detenidamente, cfr. *Thamm*, supra n. 1, pp. 391 y ss. y pp. 423 y ss.

17. Tribunal Federal de Justicia (*BGH*), Sentencia de 17 de diciembre de 2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, 918 y ss.

18. El legislador alemán no tuvo en cuenta a los clientes comerciales del grupo: el proceso declarativo modelo solo se aplica a los consumidores, cfr. § 606(1) inciso 1 del Código procesal civil alemán (*Zivilprozessordnung*, *ZPO*).

19. § 204(1) no. 1a del Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*).

20. Tribunal Regional Superior (*OLG*) de Brunswick, 4 MK 1/18.

ma empresa.[21] A tal fin se ha previsto el desarrollo de un procedimiento en dos pasos. El primer paso lo representa el procedimiento modelo en sí; el segundo paso lo integran las demandas consecutivas.

3.1. Primer paso: El procedimiento modelo

No cualquier sujeto o entidad puede interponer la demanda inicial de un proceso modelo. Solo las entidades cualificadas, en la mayoría de los casos las asociaciones de consumidores, están legitimadas.[22] El Tribunal Regional Superior de la sede de la empresa demandada tiene competencia exclusiva para conocer del proceso modelo.[23] Si ese tribunal admite a trámite la demanda,[24] publicará esta decisión en un registro electrónico especial.[25] Hasta la víspera del primer día del juicio, cualesquiera otros consumidores pueden inscribir sus demandas en el registro,[26] que depende y está organizado por la Agencia Federal de Justicia (*Bundesamt für Justiz*).[27]

El objetivo del proceso modelo es la determinación de la existencia o inexistencia de los fundamentos fácticos y jurídicos de las pretensiones.[28] Por eso, en el proceso declarativo modelo el tribunal competente no se centrará en las pretensiones individuales de los consumidores, sino que solo se concentrará en cuestiones jurídicas abstractas comunes a todas las reclamaciones individuales.[29] Normalmente, el procedimiento modelo termina con una sentencia declarativa. También es posible que

---

21. Con más detenimiento, cfr. *Thamm*, supra n. 1, pp. 426 y ss.

22. § 606(1) inciso 2 y (3) no. 1 de la *ZPO*.

23. § 119(3) de la Ley sobre Organización Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*, *GVG*) y § 32c de la *ZPO*.

24. El tribunal también verifica si están pendientes los procesos paralelos requeridos, cfr. § 606(2) inciso 1 no. 2 y (3) no. 2 y 3 de la *ZPO*.

25. § 607(2) y (3) de la *ZPO*.

26. §§ 608(1) y 609 de la *ZPO*.

27. § 609 de la *ZPO*. El registro está abierto al público y se puede acceder en la dirección https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Klageregister/Bekanntmachungen/Klagen_node.html, último acceso: 1 de julio de 2022. Opera únicamente en lengua alemana. Se trata de una deficiencia, pues el proceso declarativo modelo no se limita a casos estrictamente alemanes, sino que se aplica también en supuestos transfronterizos. En el escándalo por las emisiones de *Volkswagen,* la Asociación de Consumidores de Tirol del Sur (*Verbraucherzentrale Südtirol*) interpuso una demanda contra *Volkswagen* en representación de consumidores que habían comprado su vehículo en Italia (Tribunal Regional Superior (*OLG*) de Brunswick, 4 MK 1/20). El proceso modelo no solo afecta a consumidores de Tirol del Sur (según datos de 2011, un 62.3 % de la población del Tirol del Sur habla alemán (cfr. https://astat.provinz.bz.it/de/suedtirol-in-zahlen.asp, último acceso: 1 de julio de 2022)), sino también a compradores que habían adquirido su vehículo en otras partes de Italia. El régimen lingüístico del registro limita ya de entrada el acceso a información acerca del estado del proceso a los consumidores italianos y a sus abogados.

28. Cfr. § 606(1) de la *ZPO*.

29. Cfr. §§ 612 y ss. de la *ZPO*. La sentencia declarativa es susceptible de recurso ante el Tribunal Federal de Justicia (*BGH*).

las partes lleguen a un acuerdo para poner fin al proceso, aunque un acuerdo de esta índole necesita la aprobación del tribunal.[30]

3.2. Segundo paso: Las demandas consecutivas

Cada consumidor individual debe presentar su demanda individual registrada ante los tribunales que resulten competentes, que estarán vinculados por los pronunciamientos de la sentencia declarativa.[31] Salvo en esto, se aplicarán las normas habituales de los procesos civiles en primera instancia.

4. Baja aceptación del proceso declarativo modelo

La introducción del proceso declarativo modelo fue necesaria para proteger a los consumidores y evitar la prescripción de las acciones. En relación con el escándalo de las emisiones de Volkswagen, el acuerdo extrajudicial alcanzado en la primavera de 2020 debe considerarse un éxito del nuevo mecanismo, aunque el juez que lo presidió intervino con intensidad en la mediación para lograr una solución amistosa.[32]

El legislador alemán esperaba originariamente 450 procesos declarativos modelo al año, que implicaran cada uno alrededor de 75 consumidores registrados. Hasta hoy,[33] sin embargo, solo se han interpuesto 27 acciones declarativas modelo. Más aún: solo dos de ellas se refieren a pretensiones derivadas del escándalo de las emisiones de Volkswagen; y es que la mayoría de todas las acciones declarativas de proceso modelo están relacionadas con disputas financieras.[34]

En el escándalo de las emisiones de Volkswagen, finalmente solo el diez por ciento de todos los consumidores afectados fueron compensados en virtud del acuerdo

---

30. Cfr. § 611 de la *ZPO*.

31. La sentencia declarativa es vinculante con independencia de que el consumidor se beneficie o no de sus pronunciamientos (§ 613 de la *ZPO*).

32. «*Deberían tratar de llegar a un acuerdo. Los clientes les agradecerán también que el proceso se acorte*» («*Sie sollten versuchen, zu einem Vergleich zu finden. Die Kunden würden es auch ihnen danken, wenn das Verfahren abgekürzt würde.*«), cfr. Diario *Handelsblatt* del 2 de enero de 2020, VW verhandelt über Schadenersatz für Hunderttausende Dieselkäufer, https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/dieselklagen-vw-verhandelt-ueber-schadenersatz-fuer-hunderttausende-dieselkaeufer/25381808.html, last accessed: 01 July 2022.

33. A 1 de julio de 2022.

34. En las dos terceras partes (18 de 27) de los procesos modelo publicados hasta ahora el demandado era un banco, según se desprende del registro operado por el Ministerio Federal de Justicia (*Bundesjustizamt*), supra n. 27.

alcanzado.[35] La gran mayoría de los compradores de coches presentaron demandas individuales. Para los consumidores, que tienen un seguro de protección jurídica, las demandas individuales son ventajosas, debido al complicado procedimiento en dos pasos del proceso modelo. No es de extrañar, en consecuencia, que los gastos de los litigios contraídos por las compañías de seguros en el escándalo de las emisiones asciendan a 1.200 millones de euros.[36] Sin embargo, es de suponer que estos costes serán finalmente asumidos por Volkswagen en caso de que se llegue a un acuerdo.[37]

5. Deficiencias del proceso declarativo modelo

5.1. Demandas consecutivas por parte de consumidores individuales

Se considera que el proceso declarativo modelo es demasiado complejo, ya que son necesarias las demandas consecutivas para que los consumidores sean compensados. Para el consumidor individual, la sentencia o el acuerdo no conllevan ninguna consecuencia automática: no obtiene ninguna compensación inmediata. La empresa puede esperar hasta el resultado del proceso consecutivo, cuya incoación incumbe al consumidor.

5.2. Acuerdo judicial

Un obstáculo para el acuerdo judicial previsto por el legislador es que debe notificarse individualmente a todos los consumidores. Esa fue una de las principales razones por las que el procedimiento modelo en Brunswick terminó con un acuerdo extrajudicial, no judicial. En ese momento se habían registrado 330.000 consumi-

---

35. En un principio 450.000 consumidores se adhirieron al proceso modelo contra Volkswagen, cfr. Diario FAZ, 17 de noviembre de 2019, Äußerungen des Gerichts stimmen Kläger optimistisch, https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/vw-prozess-aeusserungen-des-gerichts-stimmen-klaeger-optimistisch-16489876.html, último acceso: 1 de julio de 2022. En cambio, cuando se celebró la primera audiencia 78.000 consumidores ya habían cancelado el registro de sus demandas, según se desprende del preámbulo del acuerdo marco entre Vzbv y Volkswagen, de 28 de febrero de 2020. Con más detalle, cfr. *Thamm*, supra n. 1, pp 491 y ss.

36. Resulta llamativo que el número de casos y la cuantía litigiosa promedio a que se enfrentan las compañías aseguradoras alemanas no paran de subir desde 2018. Son coches más caros los que generan los litigios ahora, cfr. https://www.gdv.de/de/medien/aktuell/prozesskosten-im-diesel-skandal-steigen-auf-1-2-milliarden-euro--72406, último acceso: 1 de julio de 2022.

37. Cfr. *Heese*, Was der Dieselskandal über die Rechtsdurchsetzung, deren Protagonisten und die Funktion des Privatrechts verrät, NZV 2019, 273 (275): el autor cuenta que a un demandante, que solicitaba 29.000 euros a cambio de la devolución de su vehículo, se le ofreció un acuerdo por 41.000 euros, además del reembolso de las costas.

dores y el Tribunal Regional Superior habría tenido que encargarse de gestionar la notificación a cada consumidor individual. Además, no habría estado claro a quién había que notificar. Como las demandas registradas no se examinan en cuanto al fondo,[38] no cabía descartar la posibilidad de que un consumidor hubiera presentado varias demandas para su inscripción o que estas fueran falsas. En el procedimiento modelo de Volkswagen[39] no se llegó a tener un registro adecuado a la realidad hasta el final del proceso.[40]

5.3. Limitación de los honorarios de los abogados en el procedimiento modelo

Además, la interposición de un proceso modelo en general no es rentable. Según la ley, los abogados ganan menos de 8.000 euros[41] por cada procedimiento modelo.[42] Este importe se refiere en general a los honorarios del abogado del demandante, lo que también explica por qué no hubo un acuerdo judicial sino extrajudicial en el procedimiento modelo de Volkswagen.[43]

6. Necesidad de mecanismos eficaces de tutela colectiva en Alemania

La litigación asociada al *Dieselgate* ha demostrado la necesidad de establecer mecanismos de tutela colectiva mucho más eficaces. La empresa demandada tuvo mucho éxito a la hora de dilatar el dictado de las sentencias que habrían de servir de base a las demandas consecutivas. Y es que pasaron más de cuatro años y medio desde la publicación de la sospecha, hasta que el Tribunal Federal de Justicia

38. Cfr. § 608 párrafo 2 inciso 3 de la *ZPO*.

39. Tribunal Regional Superior (*OLG*) de Brunswick, 4 MK 1/18.

40. Cfr. *Gurkmann/Jahn*, Außergerichtlicher Vergleich im Rahmen einer Musterfeststellungsklage, VuR 2020, 243 (246).

41. Calculado con arreglo a las previsiones legales (junio de 2022), incluyendo IVA y excluyendo gastos: 7.386,93 euros.

42. El importe de los honorarios en el proceso civil alemán depende de la cuantía de la demanda. Está legalmente establecido que la cuantía de un proceso declarativo modelo no puede superar los 250.000 euros, cfr. § 48(1) inciso 2 de la Ley de Costas Judiciales (*GKG*).

43. Así se explica que, según Volkswagen, los primeros intentos de acuerdo en los procesos modelo fracasaran debido a lo injustificado de los honorarios que pretendían reclamar para sí los abogados de *Verbraucherzentrale Bundesverband* (Vzbv), cfr. nota de prensa de *Volkswagen*, 14 de febrero de 2020, https://www.volkswagen-newsroom.com/de/pressemitteilungen/musterfeststellungsklage-volkswagen-bietet-vergleichsloesung-an-5792, último acceso: 1 de julio de 2022. Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (Federación de Asociaciones de Consumidores Alemanes) es la organización de defensa de los consumidores más importante de Alemania y fue la entidad habilitada en el proceso modelo de Volkswagen, Tribunal Regional Superior (*OLG*) de Brunswick, 4 MK 1/18.

dictó una primera sentencia declarativa. Sin embargo, este resultado era el deseado por la estrategia de defensa de Volkswagen: tuvo mucho éxito a la hora de llegar a acuerdos en primera o segunda instancia con los demandantes individuales. Tan pronto como se hizo evidente la posibilidad de una sentencia adversa, los abogados de la defensa hicieron una generosa oferta de acuerdo.

El actual procedimiento modelo obliga a destinar considerables recursos judiciales a su gestión. Por ejemplo, el Tribunal Regional de Krefeld, uno de los tribunales regionales más pequeños de Renania del Norte-Westfalia, con unos 25 jueces, se ocupó de unas 600 demandas individuales en el escándalo de las emisiones de Volkswagen hasta principios de 2019.[44]

La carga impuesta a los tribunales no ha mejorado desde el comienzo de los procesos y no mejorará en un futuro inmediato, aunque las cuestiones nucleares de derecho sustantivo relativas al motor EA 189 ya se han resuelto. En cambio, en lo que atañe a los asuntos relativos al motor EA 288, no cabe esperar una rápida conclusión de los procedimientos.[45]

Más bien al contrario, la situación es muy problemática y se ha desplazado hacia el Tribunal Federal de Justicia y los Tribunales Regionales Superiores. La cantidad de casos entrantes en los Tribunales Regionales Superiores es impresionante.[46] No es de extrañar que la situación en el Tribunal Federal de Justicia sea tensa.[47] En la actualidad, cuatro secciones (senados) diferentes se ocupan de los casos relacionados con el *Dieselgate*. A partir del 1 de agosto de 2021[48] se creó una nueva sección de apoyo, a la que se transfirieron 177 nuevos casos solo en diciembre de 2021.[49] Sin embargo, no se nombraron jueces adicionales para hacer frente al aumento de casos. En su lugar, la sección de apoyo está formada en su totalidad por jueces de otras secciones. En este momento, por tanto, su plantilla no está completa.[50]

---

44. *Streyl*, Massen vor Gericht, Editorial NJW-aktuell 37/2019.

45. Cfr. supra n. 10.

46. Cfr. supra en la introducción de este trabajo.

47. Solo en 2021 llegaron 761 asuntos civiles al Tribunal Federal de Justicia (*BGH*) en relación con el asunto Volkswagen.

48. Sección VIa del Tribunal Federal de Justicia (*BGH*), cfr. nota de prensa del propio Tribunal, 22 de julio de 2021, Bundesgerichtshof richtet vorübergehend einen Hilfsspruchkörper für sog. „Diesel-Sachen« ein, https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/2021141.html, último acceso: 1 de julio de 2022.

49. *Klein*, Entscheidungen aus dem Jahr 2021 zu prozessualen Fragestellungen, NZV 2022, 49 (49).

50. *Klein*, supra n. 49, p. 49.

Existen, asimismo, otros casos destacados de daños masivos: en el asunto *Wirecard*,[51] el Tribunal Regional de Fráncfort recibió 100 demandas nuevas en un día a principios de este año.[52] Además de las 1.500 demandas pendientes (en noviembre de 2021),[53] se dice que los seguros de defensa jurídica ya han acordado cubrir los costes de 20.000 casos.[54] Pero también en otros ámbitos, como el derecho laboral, los casos de daños masivos ejercen una presión decisiva sobre el funcionamiento de los tribunales. En el contexto de la insolvencia de una importante compañía aérea, el Tribunal Laboral de Berlín recibió 2.000 demandas contra un total de 6.000 rescisiones de contratos de trabajo.[55] Se advierte así cómo los instrumentos de tutela colectiva son necesarios no solo para proteger a los consumidores, sino también para preservar el buen funcionamiento del sistema judicial en su conjunto.

7. La trasposición de la Directiva de la UE sobre acciones de representación

La Directiva de la UE sobre acciones de representación[56] debe incorporarse a la legislación nacional antes del 25 de diciembre de 2022.[57] La Directiva obliga claramente a los Estados miembros a prever un mecanismo «de un solo paso» que conduzca directamente a una sentencia ejecutiva.[58] Es por ello muy poco probable que el actual modelo de acción declarativa modelo sobreviva junto a este nuevo mecanismo. En esta línea, las profesoras Gsell y Meller-Hannich acaban de proponer una acción de representación totalmente revisada que prevé un mecanismo de un solo paso.[59]

---

51. Para un análisis de las demandas interpuestas por inversores en el asunto Wirecard, cfr. *Möllers*: Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers und KapMuG, BKR 2022, 339 y ss.

52. Asociación Alemana de Jueces (*Deutscher Richterbund*), supra n. 3, apartado 6 del preámbulo.

53. Redaktion beck-aktuell, Diesel, Wirecard, Encrochat - deutsche Justiz am Limit?, 22 November 2021, becklink 2021554.

54. Asociación Alemana de Jueces (*Deutscher Richterbund*), supra n. 3, apartado 6 del preámbulo.

55. Asociación Alemana de Jueces (*Deutscher Richterbund*), supra n. 3, apartado 10 del preámbulo.

56. Directiva (UE) 2020/1828, supra n. 6.

57. Artículo 24.1 de la Directiva 2020/1828. Una visión sintética de los desarrollos legislativos previos a la elaboración de la directiva puede verse en *Thamm*, supra n. 1, pp 440 y ss.

58. Según el artículo 9.6 de la Directiva 2020/1828, las medidas resarcitorias han de permitir a los consumidores beneficiarse de las soluciones que proporcionen dichas medidas resarcitorias sin necesidad de ejercitar otra acción.

59. *Gsell/Meller-Hannich*, Die Umsetzung der Verbandsklagen-Richtlinie als Chance für eine Bewältigung von Streu- und Massenschadensereignissen, JZ 2022, 421 y ss. También puede verse el informe de *Bruns*, Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, disponible en https://www.dihk.de/de/aktuelles-und-presse/aktuelle-informationen/verbrauchersammelklagen-effektiv-sachgerecht-und-angemessen-gestalten--59652, último acceso, 1 de julio de 2022.

Con ocasión de la trasposición de la Directiva se discuten también otras modificaciones del Código de Proceso Civil. Algunos quieren que el Tribunal Federal de Justicia sea competente para dictar sentencias resolviendo cuestiones prejudiciales que se le planteen en procesos individuales,[60] en términos comparables a los vigentes ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.[61] Otros prefieren que las cuestiones prejudiciales se limiten a los casos de daños masivos.[62] Los Ministros de Justicia de los Estados Federados alemanes son partidarios de que se estudie un «procedimiento de remisión al Tribunal Federal de Justicia en materia de Derecho Procesal Civil o medidas equivalentes».[63] En cualquier caso, las entidades habilitadas deberían poder, al menos, intervenir en los casos individuales de consumo pendientes ante el Tribunal Federal de Justicia en apoyo del consumidor (por ejemplo, mediante una solicitud declarativa modelo).[64] Para evitar procesos paralelos, podría incluso ser útil ampliar las normas de suspensión de los procesos civiles.[65]

8. Impacto de la digitalización

En cualquier caso, la digitalización afecta drásticamente a la forma en que las partes tratan los casos de daños masivos.[66] Por ejemplo, se plantea el uso de sistemas basados en algoritmos que pueden preestructurar los escritos de alegaciones

---

60. *Schwemmer*, Präjudizvermeidung im Zivilprozess – Problematik und Gegenstrategien, ZfPW 2022, 41 (54 y ss) con referencias adicionales; *Heese*/ *Schumann*, Ein Vorabentscheidungsverfahren beim BGH, NJW 2021, 3023 (3028 y ss.) con referencias adicionales; *Rapp*, Die ‚saisine pour avis' zum BGH – ein Zukunftsmodell für den Zivilprozess?, JZ 2020, 294 y ss., con referencias adicionales.

61. Cfr. artículo 267 TFUE.

62. *Gsell*, Kollektive Schadensereignisse erfordern kollektive Klageinstrumente - Zum Vorschlag der Einführung eines zivilprozessualen Vorlageverfahrens beim BGH, ZRP 2021, 166 (166 y ss.).

63. *«[…] ein Vorlageverfahren zum Bundesgerichtshof im Zivilprozessrecht oder vergleichbare Maßnahmen[…]»*. Se creó a tal fin un grupo de trabajo bajos los auspicios del Ministerio Federal de Justicia (*Bundesministerium der Justiz*) y el Estado de Renancia del Norte-Westfalia (*Nordrhein-Westfalen*), cfr. Decision TOP I.10 of the 92. Conference of German Ministers of Justice, Spring Conference on 16 June 2021, disponible en https://www.justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2021/Fruehjahrskonferenz_2021/TOP-I_-10---Vorabentscheidungsverfahren.pdf, último acceso: 1 de julio de 2022.

64. *Limperg* in: Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer zivilprozessrechtlicher Vorschriften, 30 October 2019, p. 18, https://www.bundestag.de/resource/blob/665742/eb19048b10a1f97647db90087742f64c/limperg-data.pdf, último acceso: 1 de julio de 2022; *Thamm*, supra n. 1, pp 420 y ss., con referencias adicionales.

65. Cfr. nota de prensa de la Ordinary Hessian Jurisdiction, 21 de septiembre de 2019, Erklärung der Präsidentinnen und Präsidenten der großen Landgerichte in Deutschland, disponible en https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/erkl%C3%A4rung-der-pr%C3%A4sidentinnen-und-pr%C3%A4sidenten-der-gro%C3%9Fen-landgerichte-in, último acceso: 1 de julio de 2022. Esto, sin embargo, podría afectar al derecho individual (y constitucional) de acceso a la justicia y debería tenerse en cuenta al trasponer la nueva directiva sobre acciones de representación, cfr. *Gsell*/*Meller-Hannich*, supra n. 59.

66. Un análisis de la situación actual y las posibilidades de digitalización de la justicia en Alemania puede verse en *Rühl*, Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, JZ 2020, 809 y ss.

y los propios expedientes judiciales. Con frecuencia, los escritos de las partes alcanzan varios cientos de páginas mediante el «copia y pega» de otros casos o de artículos de prensa, tal vez informativos pero no pertinentes. Aunque solo unas pocas páginas sean relevantes en el caso concreto, es obvio que el tribunal debe analizar todo el escrito.[67] Por ello, los despachos de abogados ya utilizan sistemas como KIRA,[68] que les ayuda a encontrar los llamados puntos de datos y, por ejemplo, las cláusulas específicas de los contratos.[69] Por el contrario, los tribunales tienen que lidiar con la masa de casos que les llegan sin apenas apoyo técnico.[70] Deberían, por lo tanto, introducirse también sistemas comparables en los tribunales.[71]

9. La cesión de créditos a proveedores de servicios

En la práctica, los litigantes suelen preferir una forma adicional de agrupar las demandas individuales: la cesión de las demandas individuales a un proveedor de servicios. Si el litigio finaliza con éxito, los proveedores de servicios exigen como remuneración un porcentaje considerable (entre el 20 y el 30 %) de la cantidad obtenida.[72] Esta estrategia de litigación es cada vez más común en la praxis judicial alemana. En julio de 2021, el Tribunal Federal de Justicia sostuvo que la cesión de una multitud de demandas a un proveedor de servicios es legal,[73] también en asuntos transfronterizos.[74] En el escándalo de las emisiones de Volkswagen, el proveedor de servicios *myright*[75] agrupó más de 45.000 reclamaciones,[76] en un momento en el que existía incertidumbre jurídica sobre esta estrategia procesal. En el momento presente la cesión de reclamaciones a un proveedor de servicios se ha convertido, en términos generales, en un instrumento importante, ya que el proce-

---

67. Cfr. también Asociación Alemana de Jueces (*Deutscher Richterbund*), supra n. 3, p. 5.

68. https://kirasystems.com/how-kira-works/, último acceso: 1 de julio de 2022.

69. Cfr. los *Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts* dedicados a «Digitalisation in mass harm cases», 4 de febrero de 2022, disponible en *Reuß*/*Windau* (Eds.), Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts, Kolloquien im Wintersemester 2021/22, Vol. 2 (publicación prevista para otoño de 2022). En especial, cfr. la contribución de *Schmoll*, Digitalisierung von Massenverfahren.

70. Más aún, los tribunales han de abordar la masa de nuevos casos con los existentes (reducidos) recursos humanos de que disponen, cfr. supra, apartado 6.

71. Cfr. también el debate en el marco de los *Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts* celebrado sobre el «Robo Judge», 14 de enero de 2022, en *Thamm*, Tagungsbericht zum ersten Kolloquium «Robo Judge» in: *Reuß*/*Windau* (Eds.), supra n. 69.

72. Cf. *Thamm*, supra n. 1, pp. 423 y ss.

73. Tribunal Federal de Justicia (*BGH*), Sentencia de 13 de julio de 2021 – II ZR 84/20, NJW 2021, 3046 y ss.

74. Tribunal Federal de Justicia (*BGH*), Sentencia de 13 de junio de 2022 – VIa ZR 418/21, en relación con la cesión de un crédito individual de un ciudadano suizo residente en Suiza a un proveedor de servicios alemán. Los fundamentos de la sentencia aún no se han publicado (a 1 de julio de 2022).

75. https://www.myright.de/, último acceso: 1 de julio de 2022.

76. *Tolksdorf*, «Sammelklagen» von registrierten Inkassodienstleistern – eine unzulässige Erscheinungsform des kollektiven Rechtsschutzes?, ZIP 2019, 1401 (1402).

so declarativo modelo solo se aplica a los consumidores. Sin embargo, también había muchas pequeñas y medianas empresas que buscaban una protección jurídica eficaz. Como las demandas individuales pueden ser excesivamente arriesgadas, en la práctica esta era su única forma de obtener compensación.

Está por ver, por ello, el impacto real de la nueva acción de representación. La cesión de créditos a los proveedores de servicios es una forma rápida y eficaz de hacer valer las reclamaciones individuales.[77] Su licitud en los casos de daños masivos permitirá acceder a nuevos modelos de negocio. Es posible, con ello, que las acciones de representación ejercitadas por entidades habilitadas acaben siendo menos influyentes en un futuro previsible de lo que se esperaba en un principio.

10. Bibliografía

Bruns, Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, disponible en https://www.dihk.de/de/aktuelles-und-presse/aktuelle-informationen/verbrauchersammelklagen-effektiv-sachgerecht-und-angemessen-gestalten--59652.

Gsell, Kollektive Schadensereignisse erfordern kollektive Klageinstrumente - Zum Vorschlag der Einführung eines zivilprozessualen Vorlageverfahrens beim BGH, ZRP 2021, 166.

Gsell/Meller-Hannich, Die Umsetzung der Verbandsklagen-Richtlinie als Chance für eine Bewältigung von Streu- und Massenschadensereignissen, JZ 2022, 421 y ss.

Gurkmann/Jahn, Außergerichtlicher Vergleich im Rahmen einer Musterfeststellungsklage, VuR 2020, 243.

Heese, Sachaufklärung im Dieselskandal – Probleme und Abhilfen, NJW 2021, 887.

Heese, Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal, JZ 2019, 429.

Heese, Was der Dieselskandal über die Rechtsdurchsetzung, deren Protagonisten und die Funktion des Privatrechts verrät, NZV 2019, 273.

Heese/ Schumann, Ein Vorabentscheidungsverfahren beim BGH, NJW 2021, 3023.

Klein, Entscheidungen aus dem Jahr 2021 zu prozessualen Fragestellungen, NZV 2022, 49.

Möllers, Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers und KapMuG, BKR 2022, 339 y ss.

Petrasincu/Unseld, Das Sammelklage-Inkasso im Lichte der BGH-Rechtsprechung und der RDG-Reform, NJW 2022, 1200.

77. En la litigación derivada del cartel de los camiones, la entidad *financialright claims* (https://financialright.com/, último acceso: 1 de julio de 2022) interpuso dos demandas haciendo valer alrededor de 180.000 reclamaciones de unas 8.500 empresas frente al cártel, cfr. *Petrasincu/Unseld*, Das Sammelklage-Inkasso im Lichte der BGH-Rechtsprechung und der RDG-Reform, NJW 2022, 1200 para 3.

RAPP, Die ‚saisine pour avis' zum BGH – ein Zukunftsmodell für den Zivilprozess?, JZ 2020, 294 y ss.

REUSS/WINDAU (Eds.), Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts, Kolloquien im Wintersemester 2021/22, Vol. 2 (2022).

RÜHL, Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, JZ 2020, 809 y ss.

SCHWEMMER, Präjudizvermeidung im Zivilprozess – Problematik und Gegenstrategien, ZfPW 2022, 41.

STREYL, Massen vor Gericht, Editorial NJW-aktuell 37/2019.

THAMM, «Public and Private Enforcement of Consumer Law in Germany (2020/2021)», en *Law/Richard* (Eds.), *Public and Private Enforcement of Consumer Law – Insights for Luxembourg*, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 414 y ss.

Capítulo 18 | Cooperación judicial digital en el espacio de libertad, seguridad y justicia. La cooperación judicial en materia civil

*Profesor Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess**

SUMARIO: 1. LA DIGITALIZACIÓN Y LOS SISTEMAS NACIONALES DE JUSTICIA. 2. INICIATIVAS TIC DE LA UNIÓN EUROPEA. 3. LOS REGLAMENTOS DE NOTIFICACIÓN Y PRUEBAS DE 2020. 4. APLICACIÓN PRÁCTICA: EL CAMBIANTE ENTORNO DIGITAL DEL REGLAMENTO DE ESCASA CUANTÍA. 5. IMPLICACIONES CONCEPTUALES PARA LA COOPERACIÓN JUDICIAL DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA. 6. BIBLIOGRAFÍA

1. La digitalización y los sistemas nacionales de justicia

Desde los años 90, la creciente digitalización ha transformado y sigue transformando la economía, las sociedades civiles y el sector público. Esta evolución también afecta a los sistemas de justicia y a la percepción y práctica de la resolución de litigios en general.[1] Si se compara la situación de los tribunales civiles de hace treinta años con la actual, se observan cambios significativos y continuos.

Permítanme tomar el ejemplo de Alemania: hace una generación, los tribunales alemanes trabajaban principalmente en papel, con los primeros ordenadores en las secretarías y en los escritorios de algunos jueces (progresistas). Los ordenadores portátiles no existían, sino que se utilizaban mayoritariamente máquinas de escribir eléctricas. La comunicación se realizaba a través de cartas y faxes; los agentes judiciales y los funcionarios de correos notificaban los documentos judiciales entregándolos físicamente a los destinatarios. Como los abogados debían ser admitidos dentro del distrito de un tribunal de apelación, a menudo tenían buzones dentro

* Director del Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law.

1. *Garapon/Lassègne*, La justice digitale (PUF 2018), en particular p. 93 y ss., 169 y ss., *Susskind*, Online Courts and the Future of Justice (OUP 2019).

de los edificios de los tribunales donde recibían e intercambiaban los documentos pertinentes. Dentro de los edificios de los tribunales, los funcionarios judiciales transportaban los expedientes en papel —a veces varias carpetas de cientos de páginas— desde el despacho de los jueces a la sala de vistas y viceversa. Básicamente, la resolución de litigios era auténticamente local.

¿Vivimos hoy en un mundo diferente? A primera vista, uno podría inclinarse a afirmar esta hipótesis. El funcionamiento de los ordenadores dentro de los tribunales se ha convertido en la norma, y la presencia virtual de los tribunales en los sitios web en línea (incluidos sus informes anuales), también. Sin embargo, existen diferencias considerables entre los Estados miembros en relación a la accesibilidad en línea de los tribunales y al uso de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para celebrar audiencias en línea.[2] En Alemania, existe una aparente discrepancia entre las sofisticadas normas del Código Procesal Civil (ZPO) sobre el uso de la comunicación digital y la realidad jurídica. A nivel puramente normativo, Alemania ha establecido un denso marco de disposiciones procesales que permiten los procedimientos basados en las TICs.[3] Sin embargo, todas estas disposiciones están condicionadas al establecimiento de la respectiva infraestructura de los tribunales por parte de los Estados Federados competentes para la organización de la justicia civil.[4] El marco legal aparece como una especie de aldea de Potemkin: pretende haber establecido un marco normativo. En la actualidad, estas disposiciones no se aplican en la práctica jurídica, ya que la infraestructura en la mayoría de los tribunales sigue sin existir.[5]

Un ejemplo llamativo a este respecto es el artículo 128a de la ZPO. Esta disposición, adoptada hace 20 años, permite al tribunal llevar a cabo la vista y la práctica de pruebas mediante videoconferencia.[6] Sin embargo, el propio tribunal debe estar

---

2. Comisión Europea, La digitalización de la justicia en la UE – Un abanico de oportunidades, SWD(2020)540: sólo 10 de los 27 Estados miembros de la UE ofrecen acceso en línea a sus tribunales.

3. Las normas más importantes se encuentran en los artículos 130a-130e de la ZPO.

4. Un ejemplo interesante es la interposición electrónica de demandas: Desde el 1 de enero de 2022, es obligatoria para los abogados (artículo 130 d de la ZPO). Sin embargo, debido a dificultades técnicas, el establecimiento del «buzón electrónico» para los abogados se ha retrasado varios años. También está previsto un buzón electrónico equivalente para los ciudadanos y residentes en Alemania, pero aún no está operativo porque faltan programas informáticos.

5. *Rühl*, Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, JZ 2020, 809 y ss.

6. El artículo 128a de la ZPO: «Audiencia para la presentación de alegaciones orales mediante transmisión de imagen y sonido» dice lo siguiente
«(1) El tribunal podrá permitir que las partes, sus abogados y asesores, previa solicitud de alguna de ellas o de oficio, permanezcan en otro lugar en el curso de una audiencia y lleven a cabo actos procesales desde allí. En este caso, las imágenes y el sonido de la vista se retransmitirán en tiempo real a este lugar y a la sala de vistas. (2) Previa solicitud, el tribunal podrá permitir que un testigo, un perito o una parte permanezca en otro lugar en el transcurso de un interrogatorio. Las imágenes y el sonido del interrogatorio se retransmitirán en tiempo real a este lugar y a la sala de vistas. En caso de que, de conformidad con el primer inciso del apartado (1), se

presente en la sala, y los participantes externos deben mostrarse en una pantalla dentro de la sala para cumplir con el principio de audiencia pública.[7] Antes del Covid-19, el artículo 128a de la ZPO se aplicaba raramente, principalmente porque los tribunales no estaban equipados para realizar videoconferencias.[8] Además, muchos comentaristas sostenían que el interrogatorio de las partes y los testigos por videoconferencia disminuiría la calidad de la práctica de pruebas.[9] Sin embargo, la pandemia cambió el escenario: los tribunales han estado utilizando esta disposición para realizar audiencias a distancia con las partes. El 10º Senado del Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*) hizo el uso más contundente de la disposición, cuando debatió sobre litigios de patentes con partes situadas en el extranjero.[10] Esta práctica provocó un vivo debate sobre la admisibilidad de las audiencias transfronterizas en línea, también a la luz del Derecho europeo y del Derecho internacional público - volveré a tratar esta cuestión al final de este trabajo.

La actual situación no-digital de los procedimientos civiles en Alemania no debería mantenerse mucho más tiempo. Alemania está aplicando actualmente un ambicioso programa destinado a la digitalización integral del sector público. Hasta ahora, se han logrado avances perceptibles principalmente en la administración pública, de modo que el poder judicial debe seguir esperando. Sin embargo, desde el 1 de enero de 2022 los abogados deben comunicarse con los tribunales por medios electrónicos (artículo 130a de la ZPO). Para el año 2026, todos los procedimientos judiciales se basarán en las TICs, de manera que los procedimientos en papel se convertirán en la excepción;[11] de hecho, aún está por ver si los 16 Estados Federados podrán aplicar esta previsión legislativa.[12] Alemania está atravesando un periodo de transición, pero en comparación con los demás Estados miembros de la UE, su rendimiento en materia de uso de las TICs está por debajo de la media.[13] Mientras tanto, la digitalización tiene lugar fuera de los tribunales, lo que coloca a estos

---

autorice a las partes, a los abogados y a los asesores a permanecer en otro lugar, las imágenes y el sonido del interrogatorio se transmitirán también a ese lugar. (...)»

7. Artículo 169 de la Ley alemana sobre la organización de los tribunales; en sentido crítico, cfr. *Hess*, Public Hearings in Court Proceedings - The concept of the open court and its relationship to social media, en: Publications of the Academia delle Scienze dell'Instituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Rendiconti degli Anni 2017-2018 (2019), p. 129 y ss.

8. *Hau*, Covid-19, Civil Justice 2020 and German Courts 2021, en: Krans/Nylund (ed.), Civil Courts Coping with Covid-19, p. 93 y ss.

9. MünchKomm/Fritsche, § 128a ZPO (Comentario, 6.ª ed. 2020), párrs. 7 y 15.

10. Esta práctica fue acordada por el juez *Renssen*, véase infra en la nota 52.

11. Cf. artículo 132d de la ZPO, *Müller*, eJustice-Praxishandbuch (6.ª ed. 2021), p. 130 y ss.

12. Esto parece muy improbable por el momento.

13. El Cuadro de indicadores de la justicia en la EU de 2021, p. 39 y siguientes, muestra un rendimiento relativamente alto de Alemania en materia de digitalización. Sin embargo, las cifras mostradas no reflejan, obviamente, la realidad de los tribunales, que varía considerablemente dentro de los distintos Estados Federados (*Bundesländer*).

últimos en una situación de inferioridad con respecto a los bufetes de abogados que utilizan en gran medida la informática (e incluso la inteligencia artificial) para organizar los litigios a gran escala.

2. Iniciativas TIC de la Unión Europea

La Comisión Europea es uno de los principales impulsores de la digitalización de los sistemas judiciales. Desde el cambio de milenio, la promoción del uso de las tecnologías informáticas por parte de las autoridades públicas de los Estados miembros de la UE y de las agencias de la Unión Europea forma parte de sus prioridades políticas.[14] La Comisión Europea se centra principalmente en el llamado programa de justicia electrónica («e-justice») dentro de sus iniciativas de gobernanza electrónica («e-governance»).[15] Ya en 2009, la Comisión adoptó un primer plan de acción formal de cuatro años en materia de digitalización, que tuvo varias ediciones posteriores. Y lo que es más importante, la Comisión Europea ha proporcionado financiación para proyectos piloto destinados a mejorar la cooperación digital. En este sentido, el llamado proyecto e-Codex ha sido el más exitoso.[16] Desarrollado inicialmente por algunas partes interesadas de unos pocos Estados miembros y apoyado (financieramente) por la Comisión Europea, se ha convertido finalmente en la solución técnica para la interconexión de los diferentes sistemas de tecnologías informáticas nacionales de los Estados miembros de la UE.

El sistema e-Codex es un sistema de comunicación seguro y descentralizado. Consiste en varias herramientas de software destinadas a establecer los llamados «puntos de acceso para la comunicación segura». Los puntos de acceso que utilizan e-Codex pueden comunicarse con otros puntos de acceso a través de Internet mediante un conjunto de protocolos comunes, sin que intervenga ningún sistema central. Cada punto de acceso puede estar vinculado a un sistema nacional de gestión de casos para que pueda intercambiar documentos de forma segura con otros sistemas similares.[17] Parece que, en la actualidad, ningún otro sistema infor-

---

14. La digitalización es una de las seis prioridades políticas de la Comisión Europea para el periodo 2019-2024. Además, la Comisión declaró la década entre 2020 y 2030 como la «década digital», https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_en.

15. *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2.ª ed. 2021), capítulo 2 V, párrs. 2.105 y ss.

16. Véase la descripción de e-Codex por parte de la Comisión Europea, COM(2020) 710final, p. 5.

17. E-Codex fue desarrollado por 21 Estados miembros con la participación de terceros países/territorios y organizaciones entre 2010 y 2016. El coste total del desarrollo del sistema fue de unos 24 millones de euros, de los cuales el 50% fue financiado por la UE y el 50% por los Estados miembros participantes. Cf. Informe explicativo de la Comisión de la UE, de 2 de diciembre de 2020, relativo a la propuesta de Reglamento sobre un sistema informatizado de comunicación en los procedimientos civiles y penales transfronterizos (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726, COM(2020) 712final, p. 5.

mático competitivo funciona con el mismo grado de madurez.[18] En consecuencia, la Unión Europea (o, para ser más explícitos, la Comisión Europea) ha tomado la delantera en la digitalización transfronteriza de los procedimientos civiles.

En esta línea, el legislador de la UE retomó recientemente estos avances tecnológicos y propuso consolidarlos en un marco jurídico global. En octubre de 2020, el Consejo Europeo adoptó unas Conclusiones sobre «Acceso a la justicia: aprovechar las oportunidades de la digitalización», en las que pedía a la Comisión que adoptara medidas concretas para digitalizar globalmente la justicia y que «examinar[a] el potencial de modernización de las disposiciones básicas de los instrumentos en materia civil y mercantil en consonancia con el principio 'digital por defecto'.»[19] Este plan de acción ya estaba en preparación y por eso, poco después, el 2 de diciembre de 2020, la Comisión Europea publicó una Comunicación sobre la digitalización de la justicia en la Unión Europea, una suerte de »caja de herramientas» compuesta por «un conjunto completo de instrumentos jurídicos, financieros e informáticos».[20] Este documento resume la estrategia actual de la Comisión en la materia destacando varias prioridades: (1) la prestación de apoyo financiero a los Estados miembros para que inicien la «verdadera transformación digital» de sus sistemas de justicia;[21] (2) hacer que el canal digital sea la opción por defecto en la cooperación judicial transfronteriza de la UE. Otras prioridades son mejorar la interconexión de los registros (3), incluido el portal de e-Justicia (4), y que el e-Codex se convierta en la «norma de oro» para la comunicación digital en los procedimientos judiciales transfronterizos.[22]

La aplicación práctica de la Comunicación se encuentra en otra propuesta de reglamento sobre el sistema e-Codex publicada el mismo día.[23] Según esta propuesta, la Comisión de la UE pretende reforzar el sistema e-Codex integrándolo en la responsabilidad técnica de eu-Lisa,[24] una agencia para el desarrollo y mantenimiento

18. El funcionamiento del sistema se ha probado en varios proyectos piloto relacionados con diversos instrumentos de cooperación transfronteriza existentes.

19. Conclusiones del Consejo «Acceso a la justicia - aprovechar las oportunidades de la digitalización» 2020/C 342 I/01.

20. Comisión Europea, La digitalización de la justicia en la UE — Un abanico de oportunidades, 2 de diciembre de 2020, COM(2020) 710final, p.6.

21. Los proyectos se iniciaron en Croacia en 2016, en Chipre en 2017, en Bélgica en 2018 y en Grecia en 2020, COM(2020) 710final, p. 6.

22. La Comunicación también propone la creación de un Centro Común de Investigación de la Comisión y los Estados miembros destinado a supervisar las tecnologías de la información existentes y a desarrollar otras nuevas, COM(2020) 710final, p. 18 y ss.

23. Propuesta de Reglamento relativo a un sistema informatizado de comunicación en los procedimientos civiles y penales transfronterizos (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726, COM (2020) 712final.

24. Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Tamaño en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, ubicada principalmente en Estonia.

de los sistemas de comunicación informática de la UE en el espacio Schengen y para la cooperación penal.[25] La propuesta de la Comisión de la UE demuestra las dimensiones financieras del proyecto. Hasta ahora, el consorcio e-Codex ha gastado 24 millones de euros para el establecimiento del sistema; de cara al futuro, en cambio, se gastará un presupuesto anual de 1.660 millones de euros hasta 2026.[26] Como resultado, la normalización de los intercambios transfronterizos de TIC operará en el marco técnico de e-Codex, facilitado, financiado y supervisado por la Unión Europea. El 30 de mayo 2022 se publicó en el Diario Oficial de la UE el Reglamento 2022/850 sobre e-Codex.[27]

3. Los Reglamentos de notificación y pruebas de 2020

La interconexión del nuevo marco digital con los instrumentos existentes de cooperación transfronteriza se logrará mediante los Reglamentos de 2020 sobre notificación y sobre pruebas.[28] Originariamente, estos instrumentos de asistencia judicial dentro de la Unión Europea seguían principalmente el modelo de los convenios paralelos de La Haya de 1965 y 1970 sobre notificación y pruebas (ya obsoletos).[29] Sin embargo, los Reglamentos de la UE de 2020 cambiarán realmente la cooperación judicial dentro de la UE, pasando de la cooperación en papel al intercambio en línea.

En consecuencia, los dos instrumentos reformados respaldan el sistema e-Codex como la herramienta de comunicación pertinente para interconectar los sistemas judiciales nacionales.[30] De este modo, será posible la comunicación transfronteriza directa entre los tribunales y las autoridades centrales, pero también entre los tribunales y las partes y sus abogados dentro de la red segura.[31] Las diferentes soluciones informáticas nacionales, eso sí, permanecerán intactas, ya que el sistema e-Codex sólo armoniza los puntos centrales de entrada y facilita los intercambios

---

25. *Richard*, La refonte du règlement sur l'obtention des preuves en matière civile, Rev. Crit. DIP 2021, 67, 70 y ss.

26. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A712%3AFIN.

27. DO 2022 L 150/1 y ss.

28. Reglamento (UE) 2020/1783 sobre la obtención de pruebas, DO 2020 L 405/1 y ss; Reglamento (UE) 2020/1784 sobre la notificación y traslado de documentos, DO 2020 L 405/40 y ss. Ambos instrumentos se adoptaron una semana antes de que la Comisión Europea publicara su Comunicación sobre la digitalización de la justicia.

29. *Richard*/*Hess*, The 1965 Service and 1970 Evidence Conventions as crucial bridges between legal traditions, en: John/Gulati/Köhler (ed.), The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law (2020), p. 286 y ss.

30. COM(2020) 710final.

31. Artículo 7 Reg. 1783/2020, art. 5 Reg. 1784/2020, cf. *Richard*, Rev. Crit. DIP 2021, 67, 69 y ss; Schlosser/Hess, Art. 7 EuBVO (comentario 5ª ed. 2021), párr. 2.

de comunicación transfronterizos.[32] El nuevo marco comenzará con la comunicación entre las autoridades centrales, donde la instalación de los puntos centrales de entrada no debería plantear problemas significativos. Sin embargo, el establecimiento de canales de comunicación directa entre los tribunales puede durar más tiempo —dependiendo de las diferentes fases de implantación de las TIC en los sistemas judiciales nacionales.[33]

4. Aplicación práctica: el cambiante entorno digital del Reglamento de escasa cuantía

La digitalización del procedimiento civil no es sólo una cuestión de cambio legal; la aplicación técnica desempeña aquí un papel igual de importante. Así lo demuestra el desarrollo del proceso europeo de escasa cuantía («PEEC»), un instrumento adoptado en 2007.[34] Basado en formularios, este Reglamento establece un procedimiento simplificado para las demandas de escasa cuantía dineraria (ahora hasta 5.000 euros) en entornos transfronterizos. La idea básica es ofrecer un procedimiento en el que las partes no representadas puedan hacer valer sus créditos de forma estructurada y con el apoyo del tribunal. Inicialmente, los formularios estaban previstos en los anexos del Reglamento, concebidos como documentos que debían estar disponibles en línea, pero que debían imprimirse, rellenarse a mano y enviarse a los tribunales competentes por correo o fax. [35]

Sin embargo, hoy en día el entorno informático del PEEC ha cambiado considerablemente: los formularios están ahora disponibles en línea como verdaderos documentos electrónicos y las partes pueden rellenarlos en línea. Además, los formularios se han adaptado al formato digital para facilitar su uso: las definiciones integradas conducen al usuario a través de enlaces a textos explicativos (en caso necesario). Los programas ofrecen orientación para presentar la información fácti-

---

32. El intercambio electrónico será la norma, el transporte físico sólo tendrá lugar en los casos en que el intercambio electrónico sea imposible. Un ejemplo típico son las muestras de sangre, que deben enviarse físicamente, a menos que se examinen en un laboratorio del Estado miembro requerido y los resultados se envíen electrónicamente a nivel transfronterizo.

33. Según un documento de trabajo de la Comisión Europea, publicado en 2020, sólo 10 de los 27 Estados miembros preveían la accesibilidad directa de los tribunales a través de las tecnologías de la información y facilitaban la obtención de pruebas por vía electrónica (supra, nota 31). El programa informático de aplicación será obligatorio a partir del 1 de abril de 2024, cf. artículos 34, 25 Reg. 1782/2020.

34. Reglamento (CE) 861/2007, cf. *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2ª ed. 2021), cap. 10 III, párrs. 10.93 y ss.

35. Inicialmente, el PEEC no cumplió las expectativas de los legisladores de la UE, ya que sólo se presentaron unos pocos casos al amparo del Reglamento. Durante los últimos años, la situación ha cambiado; por último, pero no por ello menos importante, debido a las modificaciones del PEEC en 2016, cf. *Huber*, The Reform of the European Small Claims Process, en: v. Hein/Krueger (ed.), Informed Choices in Cross-Border Enforcement (2021), p. 88, 92.

ca de forma estructurada.[36] También permiten realizar traducciones automáticas.[37] La presentación en línea conlleva muchas ventajas. En primer lugar, el formulario no resulta excesivamente largo (ya que los textos que lo acompañan son accesibles a través de enlaces). Por tanto, el procedimiento parece fácil de usar (ya que los comentarios explicativos se encuentran en el margen y no perturban la visualización del formulario). Por último, estos formularios retoman algunos elementos positivos de las herramientas de ADR en el sector privado. En este sentido, los formularios también ofrecen herramientas de explicación semi-automatizadas, aptas para guiar al usuario y responder a las preguntas típicas mediante inteligencia artificial.

Por último, los formularios deberían enviarse electrónicamente al tribunal. Esta función, sin embargo, sigue faltando en muchos Estados miembros de la UE.[38] En diciembre de 2021, la Comisión Europea presentó un proyecto de reglamento sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en el ámbito de la cooperación judicial.[39] El nuevo reglamento debe establecer un marco global para un intercambio seguro e interoperable de documentos y mensajes electrónicos relacionados con todos los instrumentos de la cooperación judicial en materia civil y mercantil.[40] Según sus artículos 5 y 20, las solicitudes en el marco del PEEC se harán a través de los puntos centrales de entrada de e-Codex[41] o a través de las

---

36. En este sentido, el programa sigue la estructura de las plataformas para el cobro de indemnizaciones por retraso de vuelos. En este caso, rellenar el formulario no difiere mucho de reservar un vuelo por Internet.

37. En este caso, los programas automatizados pueden superar uno de los impedimentos más importantes de los litigios transfronterizos en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, véase *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2ª ed. 2021), cap. 3 IV. 3 IV, párr. 3.79 y ss.

38. El tribunal central alemán para los requerimientos de pago, el tribunal de distrito de Berlín-Wedding, todavía no está completamente en comunicación electrónica, incluso 13 años después de la entrada en vigor del Reglamento por el que se estableció el proceso monitorio europeo, destinado a establecer un procedimiento automatizado en línea.

39. COM(2021) 759final: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:d3a7c29e-5362-11ec-91ac-01aa75ed71a1.0007.02/DOC_1&format=PDF

40. El Reglamento se aplicará igualmente a la cooperación en materia penal, véanse los instrumentos jurídicos enumerados en el Anexo II.

41. Según el artículo 4 del proyecto de reglamento, los particulares accederán al sistema de comunicación electrónica a través del Portal de Justicia Electrónica. El artículo propuesto dice lo siguiente:
«(1) Se creará un punto de acceso electrónico europeo en el Portal Europeo de e-Justicia, y se utilizará para la comunicación electrónica entre las personas físicas o jurídicas y las autoridades competentes en los asuntos incluidos en el ámbito de aplicación de los actos jurídicos enumerados en el anexo I. (...)
(2) La Comisión será responsable de la gestión técnica, el desarrollo, el mantenimiento, la seguridad y el apoyo del punto de acceso electrónico europeo.
(3). El punto de acceso electrónico europeo permitirá a las personas físicas y jurídicas presentar reclamaciones y solicitudes, enviar y recibir información pertinente desde el punto de vista procesal y comunicarse con las autoridades competentes. «

plataformas digitales nacionales.[42] Las modificaciones propuestas cambiarán radicalmente el funcionamiento del PEEC y aumentarán su atractivo.[43] Los legisladores nacionales ya están estudiando la posibilidad de introducir procedimientos similares, o simplemente de ampliar el ámbito de aplicación del PEEC a los asuntos nacionales.[44]

5. Implicaciones conceptuales para la cooperación judicial dentro de la Unión Europea

Los acontecimientos anteriores han demostrado hasta qué punto la digitalización transforma el marco de la cooperación judicial transfronteriza. Sin embargo, esta transformación no es sólo técnica; también afecta a los fundamentos jurídicos del ejercicio de la jurisdicción en la nueva realidad del ciberespacio.[45] En este sentido, me gustaría cerrar este trabajo abordando una cuestión muy debatida: la organización de audiencias transfronterizas por videoconferencia dentro de la Unión Europea. Como ya se ha mencionado, el Derecho procesal alemán permite la organización de audiencias por videoconferencia con las partes que se encuentren en un lugar distinto al de la sala de vistas.[46] En este caso, la doctrina jurídica se centra en analizar si este «otro lugar» también puede estar fuera de Alemania y si dicha audiencia debe organizarse al amparo de las reglas en materia de cooperación judicial (formal) (en virtud del Reglamento de obtención de pruebas).[47] Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el actual marco de cooperación judicial no abarca

---

42. Una disposición central es el artículo 5 del proyecto de reglamento. Dice lo siguiente:
«(1) La comunicación escrita entre las personas físicas o jurídicas y las autoridades competentes que entren en el ámbito de aplicación de los actos jurídicos enumerados en el anexo I podrá efectuarse a través de los siguientes medios electrónicos
(a) el punto de acceso electrónico europeo o
(b) los portales informáticos nacionales, si estén disponibles.
(2) Las autoridades competentes se comunicarán con las personas físicas y jurídicas a través del punto de acceso electrónico europeo siempre y cuando dicha persona física o jurídica haya dado su consentimiento previo y expreso a la utilización de este medio de comunicación...»

43. Durante la pandemia de Covid-19, el número de casos presentados en virtud del PEEC en los tribunales alemanes se duplicó, pasando de 1155 (en 2019) a 2380 (en 2020), cf. Justizstatistik 2020.

44. En 2020, un grupo de trabajo formado por los presidentes de los tribunales de apelación alemanes y el *Bundesgerichtshof* presentó un documento de debate sobre la modernización de los procedimientos civiles en el que se proponía la introducción de «procedimientos acelerados en línea» basados en el modelo del PEEC, p. 76 y ss.

45. *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2ª ed. 2021), cap. 3 IV, párrs. 3.69 y ss.

46. Artículo 128a ZPO, véase el texto supra en la nota. 6.

47. *Windau,* Grenzüberschreitende Verhandlung und Beweisaufnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung, juristische Monatsschrift 2021, 178 y ss.; *Voß,* Grenzüberschreitende Videoverhandlungen jenseits des Rechtshilfewegs - Wunsch oder Wirklichkeit?, en: Reuß/Windau (ed.), Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts (se publicará en 2022); Stein/Jonas/Kern, § 128a ZPO (Comentario 23.° ed. 2016), párr.35; *Duve*/*Schoch*, Anwaltsblatt 2017, 240, *Irskens*, Betrifft Justiz 2020, 281, 282; *Reuß*, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, Juristenzeitung 2020, 1135, 1136.

todos los aspectos de un proceso civil, sino sólo la notificación y la obtención de pruebas.[48]

En la literatura jurídica alemana, varios autores tienden a transponer la visión tradicional de los siglos XIX y XX a la era digital. Su punto de partida es que cualquier audiencia judicial comporta el «ejercicio del poder público». Por lo tanto, sostienen que cualquier inclusión de partes o testigos situados en otro Estado miembro de la UE equivaldría al ejercicio del poder público en el territorio de este otro Estado. Remitiéndose a la sentencia *Lotus* de la Corte Internacional Permanente de Justicia (de 1927),[49] sostienen que cualquier ejercicio de poder público en el territorio de otro Estado requiere el consentimiento (previo) de éste.[50] En consecuencia, concluyen que la utilización de técnicas de videoconferencia en entornos transfronterizos requiere siempre el recurso formal a la asistencia judicial internacional.[51] Además, un memorando conjunto del Ministerio Federal de Justicia de Alemania, la Oficina Federal de Justicia y el Ministerio de Asuntos Exteriores de noviembre de 2021 respaldó esta opinión.[52]

Sin embargo, los tribunales alemanes (especialmente durante la crisis de la Covid-19) han desarrollado un enfoque más pragmático. La manifestación más clara es que el 10º Senado del Tribunal Federal de Justicia alemán pasó a celebrar audiencias virtuales en los litigios sobre patentes con partes situadas fuera de Alemania (en ocasiones, incluso con partes situadas en Asia).[53] Del mismo modo, el Tribunal Administrativo de Friburgo sostuvo recientemente que la organización de una audiencia con una parte situada en Suiza no requería ninguna autorización del gobierno suizo, ya que la audiencia no afectaría al territorio suizo.[54] A veces, los tribunales se remiten al (mero) argumento formalista de que los abogados que representan a la parte extranjera están (aún) presentes en suelo alemán. Sin em-

48. Reglamentos (UE) 1783/2020 y 1784/2020, supra nota. 27.

49. *S.S. Lotus* (Francia contra Turquía), 1927 P.C.I.J. (ser. A) nº 10 (7 de septiembre de 1927). Esta sentencia clásica se refería a una colisión de buques en alta mar y estaba relacionada con el ejercicio de la jurisdicción penal como consecuencia de esta colisión. Parece cuando menos discutible aplicar el amplio lenguaje de esta sentencia a una situación totalmente diferente en el ciberespacio actual.

50. Una autoridad a menudo citada en este sentido es la conferencia de La Haya de 1964 de *F.A. Mann*, The doctrine of jurisdiction in international law, RdC 111, 145 y ss.; *Hess*, The Private-Public Divide in International Dispute Resolution, RdC 388 (2018), 50 y ss.

51. MünchKomm/Fritsche, § 128a ZPO (Comentario, 6ª ed. 2020), párr. 2; *Voß*, en: Reuß/Windau (ed.), Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts (se publicará en 2022).

52. Este «Memorándum conjunto» se publicó sin número de expediente. Por lo tanto, su carácter oficial sigue sin estar claro. Sólo se ha facilitado un enlace al documento: https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/files/anwaltsblatt.de/zpo-blog/2022/stellungnahme-bmjv-bfj-aa.pdf. No está claro si este documento informal contiene una declaración oficial.

53. Véase la entrevista con el juez del *Bundesgerichtshof* Dr. *Renssen*, https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/interview-videoverhandlungen-bgh-hartmut-rensen.

54. Verwaltungsgericht Freiburg/Br., 11 de marzo de 2022, 10 K 4411/19.

bargo, este argumento no es del todo convincente, ya que un tribunal alemán está facultado para interrogar a una parte directamente, sin intervención previa del abogado.[55]

Al observar la situación actual, me inclino a afirmar que la «posición de soberanía» de las diferentes autoridades públicas y de algunos académicos no es del todo convincente. A fin de cuentas, no pueden explicar por qué el envío de un enlace para participar en una vista judicial en otro Estado miembro equivale al envío de agentes de policía o judiciales a través de las fronteras. Establecer simplemente vallas «virtuales» en el mundo cibernético no puede parecer una solución equilibrada en interés de una administración de justicia justa y eficaz, ni tampoco en interés de las partes. Aludir al carácter «público» de los procedimientos judiciales tampoco parece un buen argumento, sino más bien un argumento formalista. Si un tribunal establece un punto de entrada (o puerta) virtual, sigue llevando a cabo los procedimientos en su sede. Lo que realmente cuenta en estas circunstancias es la posibilidad de que (ambas) partes se comuniquen efectivamente dentro del proceso para preservar sus derechos procesales y sustantivos.

A este respecto, el reglamento propuesto de la Comisión Europea de 1 de diciembre de 2021 sobre la digitalización de la cooperación judicial[56] parece revelador. Su artículo 7 menciona las audiencias realizadas por videoconferencia. Según este precepto, las videoconferencias transfronterizas dentro de la Unión Europea se realizarán de acuerdo con las leyes procesales del tribunal actuante y sin necesidad de ningún permiso adicional del Estado miembro en el que se encuentre la parte afectada.[57] Esta disposición, tal y como está propuesta, revela un cambio en la percepción de la soberanía dentro del Espacio de Justicia, donde la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) garantiza los derechos de las partes en todos los Estados miembros, independientemente de su domicilio dentro de la Unión. Sin embargo, la propuesta seguirá siendo «sin perjuicio» de otros instrumentos de la UE en materia de justicia civil. En este sentido, la prevalencia del Reglamento de Pruebas (2020) sigue sin quedar bien resuelta, ya que el Tribunal de

---

55. Véase el artículo 141 de la ZPO - una disposición similar no existe necesariamente en todos los códigos procesales de otros Estados miembros de la UE.

56. COM(2021) 759final, véase supra nota. 38.

57. El proyecto de artículo 7 (que aborda de forma general la videoconferencia en línea en asuntos civiles) dice lo siguiente:
«(...) las autoridades competentes permitirán la participación en una audiencia por videoconferencia u otra tecnología de comunicación a distancia, siempre que
(a) dicha tecnología esté disponible; y
(b) se haya permitido a la otra parte o partes en el proceso presentar una opinión sobre el uso de la videoconferencia u otras tecnologías de comunicación a distancia.
(2) La autoridad competente podrá denegar una solicitud de celebración de una audiencia oral por videoconferencia u otras tecnologías de comunicación a distancia cuando las circunstancias particulares del caso no sean compatibles con el uso de dicha tecnología...»

Justicia de la UE ha sostenido que no se aplica de forma exclusiva.[58] Por lo tanto, la futura interacción entre ambos instrumentos parece no estar clara. En último término, esta cuestión debería resolverse con una declaración explícita sobre la prevalencia del nuevo instrumento sobre cooperación judicial en casos transfronterizos dentro de la Unión Europea. En la UE, las garantías procesales del artículo 47 de la CDFUE garantizan un juicio justo y el derecho a ser oído para proteger a todo litigante ante cualquier tribunal de la Unión. Estas garantías procesales están sujetas a revisión y control por parte de los tribunales nacionales de los Estados miembros y, en último término, por el Tribunal de Justicia. Por ello, no resulta necesaria una declaración individual de consentimiento en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

6. Bibliografía

DUVE/SCHOCH, Anwaltsblatt 2017, 240.

MÜNCHKOMM/FRITSCHE, § 128a ZPO (Comentario, 6.° ed. 2020).

GARAPON/LASSÈGNE, La justice digitale (PUF 2018)

IRSKENS, Betrifft Justiz 2020, 281.

HAU, Covid-19, Civil Justice 2020 and German Courts 2021, Krans/Nylund (ed.), Civil Courts Coping with Covid-19, La Haya, 2021.

HESS, The Private-Public Divide in International Dispute Resolution, Recueil des Cours 388 (2018), 50 y ss.

HESS, Public Hearings in Court Proceedings - The concept of the open court and its relationship to social media, Publications of the Academia delle Scienze dell'Instituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Rendiconti degli Anni 2017-2018 (2019), p. 129 y ss.

HESS, Europäisches Zivilprozessrecht (2.ª ed. 2021)

HUBER, The Reform of the European Small Claims Process, en: v. Hein/Krueger (ed.), Informed Choices in Cross-Border Enforcement (2021).

STEIN/JONAS/KERN, § 128a ZPO (Comentario 23.° ed. 2016).

MANN, The doctrine of jurisdiction in international law, Recueil des Cours, 111, 145 y ss.

MÜLLER, eJustice-Praxishandbuch (6.ª ed. 2021).

REUSS, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, Juristenzeitung 2020, 1135.

RICHARD, La refonte du règlement sur l'obtention des preuves en matière civile, Rev. Crit. DIP 2021, 67 y ss.

RICHARD/HESS, The 1965 Service and 1970 Evidence Conventions as crucial bridges between legal traditions, en: John/Gulati/Köhler (ed.), The Elgar Companion to

58. TJUE, sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-332/11, *ProRail BV./.Xpedys NV y otros*, EU:C:2013:87.

the Hague Conference on Private International Law (2020).
Rühl, Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, JZ 2020, 809 y ss.
Susskind, Online Courts and the Future of Justice (OUP 2019).
Voss, Grenzüberschreitende Videoverhandlungen jenseits des Rechtshilfewegs - Wunsch oder Wirklichkeit?, en: Reuß/Windau (ed.), Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts (2022).
Windau, Grenzüberschreitende Verhandlung und Beweisaufnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung, juristische Monatsschrift 2021, 178 y ss.

PROCESSUS IUDICII

La influencia del Derecho de la Unión Europea sobre los ordenamientos procesales civiles nacionales no es un fenómeno reciente, aunque su interés académico ha cobrado un vigor especial en los últimos años. Hasta ahora han abundado los estudios dedicados a analizar de forma sistemática los reglamentos y directivas con impacto en materia procesal civil, así como la influencia que las normas europeas despliegan, de modo más o menos directo, sobre los ordenamientos procesales nacionales.

Esta obra colectiva toma este fenómeno del impacto del Derecho de la UE sobre los ordenamientos procesales nacionales como punto de partida, pero para afrontarlo desde una perspectiva nueva, partiendo de la legislación procesal interna y valorando hasta qué punto la normativa europea le ofrece patrones de mejora realmente aprovechables, más allá de aquello que resulta necesario para trasponer las directivas y hacer operativos los reglamentos europeos. Se asume así que la legislación procesal interna −en nuestro caso, la española− es siempre susceptible de mejora y de adaptación a las nuevas realidades socioeconómicas, singularmente a resultas de la digitalización; y se trata de verificar hasta qué punto la normativa europea (*lato sensu*) ofrece ejemplos de regulación que sirvan de modelo para una eventual reforma a mejor de la normativa interna.

A tal fin, se han identificado ciertos sectores o parcelas de nuestro ordenamiento procesal civil en los que, de un lado, se aprecian deficiencias y necesidades de mejora y, simultáneamente, se advierte que desde instancias europeas se pueden estar ofreciendo modelos o propuestas válidas de mejora. En relación con cada uno de estos sectores, se ha tratado de detectar cuáles son los estándares europeos o, si se prefiere, las "buenas prácticas" europeas que se pueden inferir. Una vez identificados, la regulación y la práctica procesal española en cada uno de los sectores objeto de análisis se ha sometido al tamiz de dichos estándares, desde una perspectiva crítica, pero también objetiva, sin asumir que todo lo que provenga de instancias europeas deba ser ineludiblemente mejor o más eficaz a nivel nacional.

Con este enfoque, se han abordado en primer término una serie de cuestiones generales o transversales: la encrucijada a la hora de optar por la oralidad y la escritura como formas del procedimiento, teniendo en cuenta el impacto disruptivo de las nuevas tecnologías; la utilidad de la llamada "flexibilidad procedimental" para lograr una mejor gestión procesal; la conveniencia de reducir drásticamente el ámbito en que es necesaria la asistencia de letrado en nuestro proceso civil; la necesidad de disponer de herramientas más eficaces, pero seguras, de notificación; la mejora en el acceso a las fuentes de prueba; las tensiones entre la publicidad de las actuaciones y las exigencias de proteger información confidencial; la trascendencia económica del proceso en tres aspectos nucleares, que condicionan el acceso a la tutela judicial de los derechos, como son las tasas judiciales, la asistencia jurídica gratuita y la regulación de la condena en costas como herramienta reequilibradora; por último, la conveniencia de potenciar el encaje de los mecanismos de solución extrajudicial de controversias en el marco del proceso judicial. Junto a ellas, se estudia también el modo en que los estándares europeos exigen o permiten una nueva regulación procesal en relación con actuaciones e instituciones concretas: la reconfiguración del principio dispositivo en los procesos para la tutela de los consumidores; el tratamiento de la llamada "litigación de bagatela"; la reforma del proceso monitorio; las medidas cautelares; y el tratamiento de la litigación colectiva.

ISBN 978-84-18780-76-9