

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

**CAMBIOS OBLIGADOS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO
CIVIL POR EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

JUAN FRANCISCO HERRERO PEREZAGUA

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Zaragoza

Murcia, diciembre 2017

RESUMEN: Este trabajo recorre los cambios que ha experimentado la Ley de Enjuiciamiento Civil española como consecuencia de las exigencias del ordenamiento jurídico europeo. Conviene distinguir, por un lado, aquellas reformas que tienen por objeto dar plena eficacia a lo establecido en las normas europeas y, por otro, las que vienen obligadas por la insuficiencia del régimen legal interno o por oposición al Derecho de la Unión en los términos que resultan de su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Reformas procesales.- Normas procesales civiles europeas.- Jurisprudencia civil europea.- Principio de efectividad.

ABSTRACT: *This work includes the changes that the Spanish Civil Procedure Law has experienced to stay to the requirements of the European legal order. It is important to distinguish, on the one hand, those reforms that are aimed to give full effect to what European standards establish and, on the other hand, those that are required because of the insufficiency of the internal legal regime or by opposition to EU law on the terms resulting from its interpretation by the Court of Justice of the European Union.*

KEYWORDS: *Procedural reforms.- European civil procedural rules.- European civil Case Law.- Principle of effectiveness.*

SUMARIO*: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS CAMBIOS DE NATURALEZA COMPLEMENTARIA. 1. Los cambios en el articulado de la ley. A) *La acción de cesación*. B) *La protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial*. C) *La aplicación de las normas europeas de competencia*. D) *La incidencia de la mediación*. 2. Los cambios por incorporación de disposiciones finales: los reglamentos europeos de contenido procesal. III. LOS CAMBIOS POR INSUFICIENCIA O INCOMPATIBILIDAD DE LA NORMA NACIONAL CON LA NORMA EUROPEA. 1. Los cambios en el proceso de ejecución. Especial referencia a la ejecución hipotecaria. 2. Los cambios en el proceso monitorio. 3. ¿Cambios en la cosa juzgada? A) *Valor absoluto y valor relativo de la cosa juzgada*. B) *La relación entre las acciones colectivas y las acciones individuales en defensa de los derechos de los consumidores*. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que entró en vigor apenas unos días más tarde de alumbrarse el nuevo siglo, es un código moderno por su ordenación sistemática y su contenido. Ese carácter no le ha blindado, ni era aconsejable que lo hiciera, frente al afán actualizador, al impulso modificador o al mero propósito corrector de las iniciativas legislativas posteriores. En estos años, ha sido objeto de un elevado número de reformas de desigual trascendencia y variada motivación¹: cerca de una cuarentena de leyes que abarcan desde lo que podemos considerar ajustes técnicos (como la elevación de la cuantía del monitorio, la simplificación de trámites en los desahucios o la introducción de la contestación escrita en el juicio verbal) hasta lo que puede ser tildado de un nuevo modo de entender la tutela judicial (como parecen significar las dirigidas a deslindar el quehacer jurisdiccional del no jurisdiccional o a propiciar otras formas de resolución de conflictos y equipararlas al proceso²). Entre los cambios habidos, se encuentran los que el legislador ha estimado necesario incorporar a causa de las disposiciones del Derecho europeo y de la jurisprudencia emanada del Tribunal de

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+i financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad «Las transformaciones y los resquicios del proceso en tiempo de crisis y cambios sociales» DER2016-79363-R.

¹ Sobre estos aspectos, BONET NAVARRO, Á. «La coherencia de las reformas con el sistema de la LEC», en HERRERO PEREZAGUA (director) *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pgs. 21-56.

² A este respecto, HERRERO PEREZAGUA, J.F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, en especial, pgs. 15 y ss y 47 y ss, y ARMENTA DEU, T., «Derivas de la justicia: una reflexión abierta», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pgs. 141-165.

Justicia de la Unión Europea en la aplicación e interpretación de ese ordenamiento; tales cambios son los que constituyen el objeto de atención de este trabajo.

Las reformas que ha experimentado la ley por exigencias de las normas y las resoluciones referidas pueden enmarcarse en dos categorías: a) aquellas en las que es precisa la acción complementaria del legislador nacional para precisar determinados aspectos—como el tribunal competente, el tipo de resolución que ha de dictarse o el recurso procedente— cuya concreción ha de llevarse a cabo por la ley del foro y así dotar de certeza a la sustanciación del proceso y de plena eficacia a lo establecido por el instrumento normativo europeo de que se trate; y b) aquellas otras en que se impone la modificación legislativa por no resultar la norma nacional respetuosa con lo imperado por la norma europea. En el primer caso, los cambios se insertan armónicamente en el sistema de la ley y no son sino una adaptación del régimen legal interno para dar respuesta a la tutela de los derechos en la configuración que de ellos proporciona el ordenamiento de la Unión. En el segundo caso, por el contrario, se produce una alteración del modelo como consecuencia de la censura que recibe la regulación nacional al no satisfacer la protección de los derechos que exige la regulación europea, por reputarse la que proporciona la norma nacional incompleta o insuficiente y oponerse a lo que prescribe el Derecho de la Unión. Conviene, por tanto, deslindar unas y otras.

II. LOS CAMBIOS DE NATURALEZA COMPLEMENTARIA

1. Los cambios en el articulado de la ley

A) La acción de cesación

La Ley de Enjuiciamiento Civil no incorporó en su redacción original la regulación de la acción colectiva de cesación en materia de de protección de los intereses de los consumidores, algo que podía haber acometido puesto que la razón —y la obligación— de introducir este régimen precedía en el tiempo a la promulgación de la ley: en concreto, se hallaba en la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998. Fue la Ley 39/2002, de 28 de octubre, la que traspuso esa directiva al ordenamiento español. La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil tenía como objeto, declarado así por su Exposición de Motivos, establecer el marco procesal adecuado para que el ejercicio de las acciones de cesación introducidas en las leyes sustantivas, como instrumento de defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, pudiera llevarse a cabo y hacerlo de un modo eficaz.

Los cambios que llevó cabo la reforma fueron los siguientes:

a) El considerando 10 de la Directiva permite optar entre atribuir a uno o más organismos públicos independientes el ejercicio de estas acciones o conferirlo a organizaciones cuyo objeto consista en proteger los intereses colectivos de los consumidores; el considerando 11 especifica que los Estados pueden elegir entre ambas opciones o combinarlas (y así se dispone en el art. 3). El legislador español las combinó y, así, amplió la relación de los sujetos con capacidad para ser parte en los procesos en que se ejercitase la acción colectiva de cesación (art. 6.1.8º LEC: «Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios») y, parejamente, la de los sujetos legitimados para su ejercicio (así lo dispuso el apartado cuarto del art. 11 LEC aludiendo a las referidas entidades y el Ministerio Fiscal; hoy, figuran en dos apartados distintos, el cuarto y el quinto, del mismo art. 11, para armonizar la norma procesal con la sustantiva en esta materia y extender la legitimación del Ministerio Fiscal a cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios).

b) Aclaró (art. 15.4 LEC) que el régimen de llamamiento establecido para los procesos en que se ejercitan acciones colectivas para la protección de los derechos de los consumidores y usuarios no es de aplicación al supuesto de la acción colectiva de cesación, lo que se explica advirtiendo que esa publicidad tiene como finalidad permitir la intervención de los afectados por el hecho dañoso, es decir, en aquellos casos en que no se busca la tutela de un interés supraindividual sino la de intereses pluriindividuales.

c) Determinado así el objeto y en aras de una mayor celeridad, el cauce elegido por el legislador para la tramitación de la acción colectiva de cesación fue el del juicio verbal (art. 250.1.12º LEC y los concordantes ordinales cuarto y quinto del art. 249.1 LEC). Lo que resulta perturbador es que, conforme a los párrafos añadidos al art. 53 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por la Ley 3/2014, de 27 de mayo, a la acción de cesación puedan acumularse las de indemnización de daños y perjuicios y restitución de cantidades cobradas en virtud de estipulaciones, conductas o cláusulas declaradas abusivas o no transparentes. Además de que un precepto como este se aviene mal con las prescripciones en materia de acumulación de acciones, es de señalar que introduce una complejidad en la tramitación

contraria al espíritu y la orientación que el legislador ha querido imprimir en su configuración.

d) Como complemento al mandato contenido en el art. 2.1 de la Directiva (designación de las autoridades judiciales competentes), la ley añadió una regla imperativa de competencia territorial (art. 52.1.16º LEC) para atribuirla al tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento, y, a falta de este, al de su domicilio; y si careciere de domicilio en territorio español, al del lugar del domicilio del actor. En aquel momento no se habían incorporado al organigrama jurisdiccional español los juzgados de lo mercantil; una vez creados estos, es de hacer notar que el conocimiento de las acciones colectivas de cesación viene atribuido a los juzgados de Primera Instancia, salvo en materia de condiciones generales de la contratación, en cuyo caso corresponde conocer a los juzgados de lo Mercantil, lo que puede ser fuente de problemas puesto que la acumulación de acciones resulta improcedente cuando el tribunal que debe entender de la principal carece de competencia objetiva para conocer de la acumulada (art. 73.1.1º LEC).

e) El art. 2.1.b) de la Directiva prevé la posibilidad de adoptar medidas de carácter reparador que contribuyan a eliminar o remover los efectos duraderos de la infracción y cita, como ejemplo, la publicación íntegra o parcial de la resolución o una declaración rectificativa. El art. 221.2 LEC se hizo eco de esta disposición al establecer que el tribunal puede acordar la publicación, total o parcial, de la sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, con cargo al demandado o una declaración rectificadora, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo.

f) Como respuesta a la previsión de que quepa ordenar, con diligencia e incluso con urgencia, la cesación o prohibición de toda infracción [art. 2.1.a) de la Directiva], se añadió un nuevo párrafo, el cuarto, al art. 728.3 LEC que permite al juez dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución y así eliminar un obstáculo en el otorgamiento de este tipo de tutela jurisdiccional.

g) Por último, el legislador español atendió a lo establecido en el art. 2.1.c) de la Directiva, para potenciar la eficacia ejecutiva la sentencia estimatoria, y dio nueva redacción al art. 711 LEC acogiendo un régimen especial de multas coercitivas —a

ingresar en el tesoro público— por cada día de retraso y según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado.

Como se observa, los cambios introducidos en la ley española vienen a concretar las disposiciones de la Directiva, sin que los añadidos comporten suerte alguna de alteración en el sistema general de la ley ni en el particular de cada institución procesal a la que afectan (partes, competencia, tipo de procedimiento, publicidad de la sentencia, tutela cautelar, ejecución de las prestaciones de no hacer). El molde ha servido perfectamente para incorporar los nuevos elementos y arrojar un producto más acabado, en el sentido de que contamos con un instrumento añadido de tutela para la efectividad de los derechos, con independencia del juicio sobre el acierto que merezca el resultado final.

B) La protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial

La Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril, partiendo de la debilidad del Derecho sustantivo en esta materia y de la fragmentación del mercado interior como consecuencia de las disparidades entre los regímenes estatales, se propuso elevar el nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual y reforzar su tutela jurisdiccional. Se trata de un ámbito —comprensivo también de los derechos de propiedad industrial, como establece su art. 1— con múltiples repercusiones en otros, como la innovación, el desarrollo cultural, la competitividad, la recaudación tributaria y los derechos de los consumidores. Se considera no solo un medio, sino una condición esencial para el buen funcionamiento del mercado interior y el respeto efectivo al Derecho sustantivo la aproximación de las legislaciones de los Estado miembros.

El legislador español procedió a trasponer la Directiva mediante la Ley 19/2006, de 5 de junio, que supuso la modificación de diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de diligencias preliminares, aseguramiento de la prueba, exhibición de documentos y medidas cautelares.

La armonización exigía la introducción en el ordenamiento español del derecho a la información y, en particular, de un instrumento que permitiera al legitimado para ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad intelectual o industrial obtener datos que son necesarios para el éxito de la acción. El instrumento que estimó el legislador nacional que mejor se acomodaba a esa exigencia era una diligencia preliminar. Y es que, en efecto, las diligencias preliminares son actuaciones previas al

proceso que tienen como finalidad obtener, a través de la intervención judicial, determinada información con el objeto de entablarlo frente a quien corresponde o de conocer el fundamento de la pretensión. El error en lo uno o en lo otro conducirá al fracaso y, por ello, las diligencias preliminares persiguen evitar ese riesgo antes de la propia incoación del proceso. Se entiende así que se considerase esta institución como la más idónea para articular el ejercicio del derecho a la información. Ahora bien, venía entendiéndose mayoritariamente que el listado de las diligencias preliminares contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil tenía —y tiene— un carácter tasado y aunque se admitiera la posibilidad de interpretar de forma flexible lo establecido en la ley o, más radicalmente, que cabe solicitar otras diligencias distintas de las enumeradas si se aduce la identidad de razón con alguna de las existentes³, lo cierto es que no incorporar una nueva y expresa diligencia en materia de infracción de derechos de la propiedad intelectual e industrial entrañaba el riesgo de que no prosperara esa interpretación extensiva o de que no se hallara la identidad de razón que permitiera dar respuesta satisfactoria al derecho de información. En la redacción original de la LEC, el ordinal séptimo —y, entonces, último— del art. 256.1 incluía en la nómina de diligencias preliminares «las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales»; la única previsión a este respecto era la contenida en la Ley de Patentes de 1986⁴, a la que se remitían la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal; ninguna previsión se recogía entre las normas reguladoras de la propiedad intelectual, por lo que para estos casos, solo una aplicación analógica de las reglas generales podía permitir solicitar y obtener la información preparatoria de un proceso ulterior. Este ámbito, por tanto, no gozaba de la protección reforzada que impulsaba la Directiva. Además, por lo que respecta a la Ley de Patentes, las diligencias de comprobación de hechos que pudieran constituir infracción de sus normas —o de las de marcas o competencia desleal, en virtud de la remisión efectuada— comprendían estrictamente la de exhibición de documentos relevantes para

³ Véase, a este respecto, BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pgs. 59 y ss.

⁴ El art. 129.1 de la Ley de Patentes de 1986 disponía: «La persona legitimada para ejercitar las acciones derivadas de la patente podrá pedir al juez que con carácter urgente acuerde la práctica de diligencias para la comprobación de hechos que puedan constituir violación del derecho exclusivo otorgado por la patente, sin perjuicio de las que puedan solicitarse al amparo del artículo 256.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil» (el último inciso fue añadido por la Ley 19/2006, de 5 de junio, es decir, la que incorporó las nuevas diligencias al art. 256.1). Ese mismo texto lo reproduce hoy el art. 123 de la vigente Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes que deroga la anterior.

constatar la infracción y la de inspección de máquinas, dispositivos o instalaciones que pudieran haberse utilizado para llevar a cabo la conducta infractora.

La modificación del art. 256.1 LEC, con la incorporación de dos nuevas diligencias preliminares en sus números séptimo y octavo permitió superar los obstáculos antes reseñados y amplió el contenido de información que a través de ellas puede obtener el legitimado. La primera (trasposición del art. 8 de la Directiva) tiene como objeto la obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías y servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o industrial (quiénes son los infractores –y, en consecuencia, los legitimados pasivos en el proceso ulterior– y cuál es el perjuicio causado –las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas y el precio satisfecho, que permitirán concretar el *quantum* a expresar en la demanda–). Esta diligencia se concreta, por un lado, en el interrogatorio de quien se considere infractor o de aquellos sujetos que hayan participado en la cadena de producción y distribución, y, por otro, en la exhibición de documentos relativos a la infracción. Con el objeto de precisar el importe de la condena que pretenda en el proceso, el ordinal octavo del art. 256.1 (reflejo del art. 6.2 de la Directiva) incorpora otra diligencia que consiste en el requerimiento a quien se considere el infractor –el futuro demandado– de la exhibición de documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en su poder⁵.

La ley, por otra parte, incidió en el reforzamiento de la tutela mediante la incorporación de algunas novedades en materia de prueba. Así, introdujo un régimen especial de exhibición de documentos en el art. 328.3 LEC en los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual cometida a escala comercial (los documentos no tienen por qué reflejar transacciones entre el actor y el demandado, no se exige su identificación —puede tratarse de un requerimiento genérico respecto de los producidos en un determinado período de tiempo—). Las novedades más señaladas, en lo que a la actividad probatoria respecta, se produjeron en el aseguramiento de la prueba. Las diligencias aportan información para preparar el

⁵ Un análisis de estos instrumentos puede verse, entre otros, en LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Las nuevas diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual y propiedad industrial: el denominado “derecho de información” y la exhibición de documentos comerciales», en *La Ley*, núm. 6429, 24-2-2006; ARMENGOT VILAPLANA, A., «Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre prueba en materia de propiedad intelectual e industrial», en *La Ley*, núm. 6819, 13-11-2007; y VILLAR FUENTES, *Las diligencias preliminares de los procesos de propiedad industrial y competencia desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

proceso, pero bien puede suceder que esos datos y esos materiales conocidos antes de la demanda resulten de interés para el pleito y sea conveniente disponer de ellos y conservarlos para que accedan al proceso en el momento oportuno como elementos de prueba. El art. 7 de la Directiva exige que se prevea la adopción de medidas por las autoridades judiciales competentes para proteger las pruebas pertinentes con respecto a la supuesta infracción y que, incluso, puedan acordarse sin oír a la otra parte. Ese mismo precepto enumera una serie de contracautelas: la protección de la información confidencial, la audiencia diferida, la prestación de caución y la presentación de la demanda en un plazo razonable. La trasposición de estas disposiciones se llevó a cabo por el legislador español mediante la modificación de los arts. 297 y 298 LEC que se ocupan de las medidas de aseguramiento de la prueba y del procedimiento para su adopción. Se relacionan, de una parte, las medidas: la descripción detallada, con o sin toma de muestras, y la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales o instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas. Por otro lado, se enuncia como regla que las medidas de aseguramiento se acordarán previa audiencia de la persona que haya de soportarlas, pero se permite excepcionalmente diferir el trámite de audiencia a un momento posterior al de su adopción en el que el sujeto pasivo puede oponerse, proponer otras menos gravosas u ofrecer caución sustitutoria. Finalmente, se establece que queden sin efecto si el solicitante no presenta su demanda en un plazo de veinte días con condena en costas y a la indemnización de daños y perjuicios.

El régimen de medidas cautelares de la Ley de Enjuiciamiento Civil daba respuesta adecuada a las exigencias de la Directiva en esta materia. En él se encontraba también la posibilidad de adoptarlas sin oír a la otra parte. En el art. 733.2 se añadió un inciso a lo dispuesto en su último párrafo para posibilitar al sujeto pasivo, que no dispuso del trámite de audiencia previa, la más pronta reacción dirigida a que se revoquen y alcen las medidas, dando así cumplida respuesta al art. 9.4 de la Directiva.

De cuanto antecede cabe concluir que los cambios llevados a cabo en la Ley de Enjuiciamiento Civil no trastocan el sistema⁶, sino que vienen a completar y complementar los mecanismos de tutela en un concreto ámbito necesitado de una

⁶ Concluye con un juicio favorable, desde el punto de vista de la coherencia sistemática de la ley, BONET NAVARRO, Á., «La coherencia de las reformas...», cit., pg. 37.

protección reforzada. La respuesta es adecuada a las exigencias de la Directiva comunitaria y no produce una alteración del modelo en el que se inserta.

C) La aplicación de las normas europeas de competencia

El Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, se adoptó para aplicar las disposiciones contenidas en los antiguos arts. 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en la numeración que les dio el Tratado de Amsterdam), dos preceptos que tenían por objeto la protección la protección de la competencia en el mercado y que se corresponden con los actuales arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En particular, los arts. 15 y 16 del citado reglamento establecen normas de cooperación entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades de competencia nacionales y comunitarias. Para hacer efectivo lo ordenado en ellos, se introdujeron algunas modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil por virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio).

La modificación atiende a las demandas en materia de defensa de la competencia, en especial, a las que tienen por objeto conductas colusorias o abusos de posición dominante. Se trata de dar cauce a la participación de los órganos nacionales y europeos de competencia, como *amicus curiae*, en los procesos incoados ante los órganos jurisdiccionales para lo que aquellos recibirán de estos la noticia de la existencia del proceso y se les abrirá, así, la posibilidad de que aporten información o efectúen las observaciones que estimen oportunas. Para articular esta intervención, se incorporó a la Ley de Enjuiciamiento Civil el nuevo art. 15 bis, que delimita su ámbito objetivo y subjetivo, se agregó un nuevo apartado (el tercero) al art. 404 para establecer que, admitida la demanda, se dará traslado de la demanda a las autoridades de la competencia y, por igual razón, un apartado quinto al art. 461 para disponer el traslado del escrito de interposición del recurso de apelación. Completan este régimen las previsiones de los apartados tercero del art. 434 y sexto del art. 464 LEC que establecen como causa de suspensión del plazo para dictar sentencia en estos procesos —en primera instancia o en apelación, respectivamente— que el tribunal tuviera conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo (la resolución que ordena la suspensión podrá ser recurrida en

reposición), de lo que se colige que cuando el órgano de defensa de la competencia dé traslado de su resolución al tribunal, se alzaré la suspensión y se reanudará el plazo para dictar sentencia. Y, por último, el art. 212.3 LEC recoge la obligación de notificar la sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia⁷.

De cuanto antecede, podemos alcanzar una conclusión que no difiere de las formuladas en los apartados anteriores: también en esta materia, las normas reformadas de la Ley de Enjuiciamiento Civil dan respuesta a las exigencias del Derecho de la Unión sin alteración del sistema en que se insertan, sino mediante el complemento necesario —esto es, las previsiones específicas— de las instituciones procesales en que se acomodan (en este caso, la intervención, el régimen de admisión de la demanda y del recurso y la suspensión y notificación de la sentencia).

El panorama a este respecto se completa con la transposición de la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. La transposición al Derecho español se ha llevado a cabo por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo y ha supuesto una modificación más de la LEC con la incorporación de once nuevos artículos [del art. 283 bis a) al art. 283 bis k)]. El propósito fundamental es que el justiciable pueda acceder a las fuentes de prueba que no están a su alcance —por hallarse en poder del contario o de terceros— y contar así con los elementos probatorios relevantes para fundar sus pretensiones; la asimetría de la información que caracteriza estos litigios y la igualdad de armas lleva a poner esta posibilidad de obtener la exhibición de pruebas a disposición del demandante y del demandado. La Directiva dedica sus artículos 5 a 8 a regular esta materia y ciñe su ámbito de aplicación a los procesos que tengan por objeto acciones por daños derivados de infracciones de la competencia. En esos mismos márgenes se ha movido el legislador español apartándose de la propuesta elaborada en 2015 por la Sección Especial de la Comisión General de

⁷ Los preceptos que disciplinan el traslado de la resolución por la que se admite la demanda o se tiene por interpuesto el recurso de apelación (art. 404.3 y 461.5 LEC) y el que recoge la obligación de notificar la sentencia (art. 212.3) aluden como destinatario de estos actos de comunicación a la Comisión Nacional de la Competencia. Es a esta la que corresponde, en virtud de lo dispuesto en los apartados tercero y cuarto del art. 16.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, por un lado, habilitar los mecanismos de información necesarios para comunicar estas sentencias a los órganos autonómicos y, por otro, remitir a la Comisión Europea una copia del texto de las sentencias que se pronuncien.

Codificación⁸ que, pretendía aprovechar la ocasión, para, de una parte, unificar el tratamiento de dos instituciones diferenciadas en nuestro ordenamiento como el acceso a las fuentes de prueba y las actividades preparatorias del proceso⁹ y, de otra, diseñar un régimen generalizado para todos los procesos civiles en lo que al acceso a las fuentes de prueba se refiere.

La propuesta, por tanto, no se enmarcaba en lo que he llamado cambios de carácter complementario, sino que comportaba alteraciones del modelo actual: incorporaba y desarrollaba una categoría nueva —las medidas de acceso a las fuentes de prueba— que se extendía a todo tipo de procesos civiles, así como a los procesos arbitrales y a los litigios que se siguieran o fuera a incoarse ante los tribunales extranjeros; optaba por un catálogo abierto de medidas (lo que contrasta con el carácter tasado de las diligencias preliminares) y se advertía un acercamiento a los procedimientos del *discovery* o del *disclosure* de los sistemas anglosajones, si bien sancionaba con la denegación a aquellas solicitudes que supusieran búsquedas indiscriminadas de información, una muestra de la voluntad de evitar los excesos de otras legislaciones en las que pueden tener cabida las conocidas como *fishing expeditions*; anteponeía el comienzo de la litispendencia a la solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba; y ligaba consecuencias adversas a los casos en que se imposibilitase el acceso (admisión de hechos, multas coercitivas, condena en costas, declaración de responsabilidad y su correspondiente condena e, incluso, otras relativas al objeto mismo del proceso, como el allanamiento o la desestimación de las excepciones o reconvencciones que el sujeto afectado por la medida hubiera ejercitado).

Las modificaciones que finalmente ha incorporado la LEC han frenado el impulso reformador que alentaba la propuesta al restringir su ámbito de aplicación a las acciones de daños por infracciones competenciales¹⁰. El carácter complementario de los

⁸ El texto de la propuesta está disponible en el siguiente enlace: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427769696?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Conten>. Para un análisis del contenido de la propuesta, 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 transposición al ordenamiento español», en *Revista General de Derecho Procesal* 41, 2017.

⁹ La propuesta preveía derogar los artículos 256 a 263 LEC (el capítulo que regula las diligencias preliminares) y los arts. 328 a 333 (la sección que contiene el régimen de la exhibición de documentos).

¹⁰ Un análisis del régimen jurídico de los cambios llevados a cabo por el Decreto-ley 9/2017 puede verse en 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», en *La Ley (mercantil)* núm. 38, 1-7-2017. El autor pondera la nueva regulación en la medida que ofrece herramientas para un mejor acceso a

cambios introducidos se advierte en el hecho de que el decreto-ley se limita a dar respuesta a las exigencias del Derecho de la Unión, pero hay un factor claramente innovador que altera el modelo en el que se inserta. Aunque el ámbito material al que se ha ceñido el legislador español sea el delimitado por el legislador europeo, es claro que estamos ante la introducción de una nueva institución procesal, como son las medidas de acceso a las fuentes de prueba, que antecede a su proposición y rompe los estrechos límites —objetivos, temporales y procedimentales— que ofrecen las diligencias preliminares y la exhibición de documentos. El nuevo régimen participa de otras notas que caracterizaban a la propuesta de 2015, si bien acotadas a este concreto sector del ordenamiento. Además de tratarse de un sistema abierto de cualesquiera piezas específicas y categorías de pruebas al que pueden acudir tanto el actor como el demandado, los nuevos preceptos condicionan la estimación de la solicitud de medidas a que se presente una motivación razonada y a criterios de proporcionalidad y, sobre todo, establecen las consecuencias que han de seguirse tanto en los casos en que no se dé cumplimiento a las medidas acordadas [art. 283 bis g)] o se obstruya su práctica [art. 283 bis h)] como en aquellos otros en que se quebrante el deber de confidencialidad o no se respeten los límites de uso de la información [art. 283 bis k)]. Algunas consecuencias son parangonables a lo que se dispone en otros artículos de la ley para vencer o sancionar los comportamientos de un sujeto que obstaculizan el procedimiento mismo o el cumplimiento de lo ordenado por el tribunal: me refiero a la admisión de hechos, a la imposición de multas coercitivas, a la condena en costas del incidente o a la declaración de responsabilidad por los daños y perjuicios y su correspondiente condena a pagarlos. En materia de costas ya se aprecia un salto cualitativo, pues a lo dicho sobre las causadas en el incidente, se suma la previsión de que se puedan imponer al destinatario de las medidas las del proceso principal, cualquiera que sea su resultado, lo que significa la posibilidad de que sea condenado el litigante vencedor, de tal manera que el pronunciamiento sobre costas pierde su carácter reparador y su naturaleza accesoria respecto del pronunciamiento principal, para adquirir una naturaleza de signo sancionador. En lo que atañe al objeto mismo del proceso que es causa de la solicitud de acceso a las fuentes de prueba, el modelo cambia en la medida en que la decisión sobre el fondo y el otorgamiento de la tutela judicial pueden asentarse sobre premisas distintas de las que hasta ahora las sustentaban, puesto que se da un nuevo contenido al

la tutela judicial, pero lamenta que se haya perdido la oportunidad de extender este régimen con carácter generalizado a otros sectores del ordenamiento.

allanamiento (que ya no será solo un acto de disposición, sino una sanción condicionante del fallo) y una nueva manera de proceder (puesto que el trámite de contradicción versará sobre la petición de que se tenga al demandado por allanado o se desestimen sus excepciones o pretensiones reconventionales).

D) La incidencia de la mediación

Las reformas que ha ido experimentando la ley en estos años han invocado, por lo común, la necesidad de mejorar el proceso, de agilizar sus trámites, de reforzar las garantías del justiciable, de conseguir mayor eficacia en la tutela judicial de los derechos. Y, parejamente, se advierte una preocupación constante por dar respuesta adecuada a una creciente litigiosidad. Ahora bien, si tantas veces esa respuesta ha buscado —por utilizar términos que abundan en el lenguaje actual e incorporados en las exposiciones de motivos de las leyes reformadoras— optimizar recursos y eliminar trámites innecesarios o tiempos muertos y acortar algunos de los existentes, es de advertir que también se ha dirigido —sigo recogiendo las expresiones al uso— a asegurar la sostenibilidad del sistema y la prestación de un servicio de calidad, lo que se ha traducido en repetidos intentos de reducir el número de asuntos en los distintos grados jurisdiccionales mediante instrumentos diversos (generalización —hoy corregida— de las tasas judiciales, procesos de única instancia, filtros de acceso a los recursos, etc.). Pero, tal vez, la variación más significativa se haya producido en el manifiesto propósito de buscar fuera de los tribunales los medios para resolver los conflictos e impulsar, consiguientemente, una huida del proceso, algo que el prof. BONET ha enunciado así: «Del apotegma: “proceso o mediación”: se pasaba a este otro: “mejor mediación que proceso”»¹¹.

Es precisamente en el ámbito de la mediación en el que se advierte con mayor nitidez el intento de aligerar el número de asuntos que llegan a los tribunales. La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se limita a establecer una legislación marco (considerando 7) y ciñe su ámbito de aplicación a los litigios transfronterizos, sin impedir su aplicación a los procedimientos nacionales (considerando 8). Se propuso promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con un marco jurídico predecible (considerando 7) y lo hizo desde la premisa de que el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia debe abarcar el acceso a métodos

¹¹ BONET NAVARRO, Á., «La coherencia de las reformas...», cit., pgs. 49 y 50.

tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios (considerando 5). La Directiva se incorporó al ordenamiento español mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹² (LMed), pero es de señalar, como su propio preámbulo recoge, que sus normas van más allá de lo que la transposición de la Directiva comunitaria exigía y vienen a instaurar un régimen general dentro de su ámbito —los asuntos civiles y mercantiles— aplicable a toda mediación.

La ley confiesa abiertamente la primera de las finalidades que animan la regulación que lleva a cabo: la desjudicialización de determinados asuntos. Y lo hace sobre estos tres pilares: 1º) la configuración de la mediación como una alternativa al proceso judicial o arbitral; 2º) la equiparación de ambos instrumentos —el proceso y la mediación— por la finalidad a la que sirven, es decir, la solución de conflictos; y 3º) la concepción de los tribunales en este sector del ordenamiento jurídico como último remedio en el caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes.

No es el momento de analizar los contenidos de la ley, ni mucho menos hacerlo con detalle. Pero sí conviene dar cuenta del modo en que se ha producido la recepción de la norma comunitaria y su incidencia en el sistema procesal español para lo cual es oportuno atender al designio de esta nueva regulación y a las reformas introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La idea de que la mediación es una alternativa¹³ al proceso está presente en la Directiva y en la ley española (considerando 19 y apartado primero del preámbulo, respectivamente). Como ya señalé en otro lugar¹⁴, la voz *alternativa*, como sustantivo, no indica sino cada una de las cosas entre las cuales se opta; la misma voz, como adjetivo, denota que aquello a lo que califica es capaz de alternar con función igual o semejante. Los particulares, en uso de su autonomía de la voluntad, pueden elegir cómo solucionar sus controversias y, desde este punto de vista, la mediación es una opción que se les presenta como medio para conseguirlo. Ahora bien, la función que se actúa en

¹² Previamente, y con el fin de no aumentar más el retraso en la transposición de la Directiva, se promulgó el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, con el mismo título y contenido, salvo algunos detalles que no afectan a lo esencial.

¹³ BARONA VILAR, S., «Integración de la mediación en el moderno concepto de *Acces to Justice*. Luces y sombras en Europa», en *InDret* 4/2014, señala cómo los mecanismos que cabe incluir entre las ADR —y, entre ellos, la mediación— han ido experimentando una evolución desde la alternatividad a la complementariedad respecto de la Administración de Justicia para consolidar un sistema de evitación de conflictos y *desconflictivización*, con una orientación que lleva a pensar que es mejor manejar los conflictos que resolverlos.

¹⁴ HERRERO PEREZAGUA, J., *Lo jurisdiccional en entredicho*, cit., pgs. 16 y ss.

la mediación no es igual o semejante a la que desenvuelve la jurisdicción. Los particulares no obtienen lo mismo por uno y otro cauce. Con la mediación, las partes buscan una solución dialogada, pero, al cabo, no hay otra satisfacción que la que las partes digan haber obtenido, la que se plasme en el acuerdo alcanzado, con independencia o al margen de lo que disponga la ley. El proceso ofrece algo más y algo distinto: da solución a la controversia, pero no cualquier solución, sino la solución jurídica que corresponde dar. Solo a través del proceso puede obtenerse la definición del derecho.

Por eso, no deja de ser sorprendente que en la ley española se configure la mediación como un modo primario de solución de controversias y el proceso como un medio subsidiario («un último remedio»). Cuando se demanda justicia, el proceso no es el último remedio, sino el único instrumento para dar respuesta a la acción ejercitada. En el planteamiento de la ley parece observarse una deriva que evidencia un indudable peligro: de la incardinación de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos en el acceso a la justicia —así expresado por el considerando quinto de la Directiva— la ley se desliza hacia la subsidiariedad de tutela de los tribunales respecto de la mediación, lo que puede hacer aflorar riesgos como la desigualdad de las partes, la conversión de la ley en negocio y la consideración de la tutela judicial por el Estado como algo sometido a los criterios propios de la racionalización de los servicios, es decir, al adelgazamiento de lo público mediante la rebaja de las correspondientes partidas presupuestarias¹⁵

El carácter prioritario de la mediación frente al proceso no solo se halla en las afirmaciones que contiene el preámbulo de la ley. Tiene también su plasmación normativa. En efecto, la declinatoria —como expediente para denunciar la falta de jurisdicción o competencia del tribunal— se habilita por los arts. 39 y 63.1 LEC para impedir que el proceso siga adelante cuando las partes hubieran convenido someter a mediación la controversia y, en concordancia con ellos, se reforman los arts. 65.2 y 66 LEC para disponer cómo ha de resolver el tribunal —debe abstenerse de conocer y

¹⁵ Estos riesgos e inconvenientes laten, como ilustra BARONA VILAR, S., «Integración de la mediación en el moderno concepto de *Acces to Justice...*», cit., pgs. 24 y ss, en una pura visión economicista de la justicia —y detrás de ella una posición ideológica— que abre la puerta hacia su privatización y a un cierto apartamiento del interés del Estado que quiere verse liberado de tener que atender presupuestariamente esa carga.

sobreser el proceso— y el régimen de recursos frente a la resolución —apelación si la estima, reposición en caso contrario)—¹⁶.

La Directiva señala que la mediación ha de ser un procedimiento voluntario (considerando 13) y seguidamente añade: «Nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial» (considerando 14 y, en línea con él, art. 5.2). Esta tensión, entre el principio de voluntariedad y la posibilidad de que las legislaciones nacionales opten en algunos casos por su carácter obligatorio, ha conducido a que la respuesta de estas haya sido variada y a que el debate se mantenga vivo, especialmente si tenemos en cuenta que la mediación no ha tenido el éxito deseado y que, entre las medidas apuntadas por el informe del Parlamento Europeo para incrementar el número de mediaciones¹⁷, se encuentra, precisamente, la de introducir su obligatoriedad. En todo caso, aunque fuera preceptiva, siempre cabría que las partes se retiraran de la mediación y que la dieran por concluida sin alcanzar un acuerdo. El art. 6.1 LMed es inequívoco respecto de la opción seguida: «La mediación es voluntaria»; y se refuerza en el apartado tercero: «Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo». En el Proyecto de Ley (BOCG de 29-4-2011), el art. 7.1 decía así: «La mediación es voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal». Esta cláusula servía para amparar la proyectada reforma del art. 437 LEC, con la introducción de un nuevo apartado, que establecía la obligatoriedad del intento de mediación en determinados juicios verbales de reclamación de cantidad (es decir, reclamaciones no superiores a 6000 €), una norma que contaba como antecedente con el preceptivo acto de conciliación judicial que se suprimió en 1984 por su manifiesto fracaso y que solo

¹⁶ Sobre la inadecuación de la declinatoria como medio para hacer valer la sumisión a mediación, HERRERO PEREZAGUA, J., «El juez y la mediación», en BONET NAVARRO (director) *Proceso civil y mediación*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pgs. 35 y ss. En estos casos, que el juez deba abstenerse no es causa de que el conocimiento del asunto corresponda a otro tribunal: no es que no sea competente, es que no puede proceder.

¹⁷ Me refiero al informe del año 2014: *Rebooting the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*. Puede consultarse en el siguiente enlace:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL—JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL—JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

servía para dilatar y encarecer los procesos. Esta experiencia anterior pesó en contra de la pretendida modificación¹⁸. Finalmente, las cosas quedaron como estaban¹⁹.

La idea de que «la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes» (considerando 19 de la Directiva) tiene un claro reflejo en los cambios llevados a cabo en las normas reguladoras de la ejecución (arts. 517, 518, 539, 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580 LEC). Centraré la atención tan solo en aquellos que son, a mi parecer, las piezas claves de la reforma²⁰. El número segundo del art. 517.2 LEC incluye entre los títulos que llevan aparejada ejecución los acuerdos de mediación elevados a escritura pública (en concordancia con lo establecido en los arts. 23.3.II y 25 LMed); los enuncia junto a las sentencias arbitrales, lo que da idea del propósito de equiparar la mediación, como forma alternativa de solución de conflictos, a las de naturaleza jurisdiccional. Hasta tal punto es así que, parejamente, les hace partícipes del mismo régimen establecido para la ejecución de los laudos —que es el de los títulos judiciales—, lo que adquiere una especial relevancia en lo que respecta a la oposición a la ejecución, puesto que las causas que puede hacer valer el ejecutado para oponerse (art. 556 LEC) son mucho más limitadas que las establecidas para los casos en que el título fuera un título extrajudicial. Este reforzamiento de la eficacia de los acuerdos de mediación parece querer animar su aplicación, pero no deja de ser objetable, pues dada su naturaleza extrajudicial no se alcanza a comprender por qué razón —de índole jurídica— ha de producir una mayor vinculación que cualesquiera otros títulos intervenidos por fedatario público. El Proyecto aún pretendía ir más allá, pues otorgaba eficacia ejecutiva a los acuerdos de

¹⁸ El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley era contundente a este respecto (apartado IV.8): «es dudoso que el recurso obligatorio a la mediación o a la conciliación redunde por sí solo en una auténtica reducción de la litigiosidad, antes bien corre el riesgo de acabar convirtiéndose en una suerte de formalidad cumplimentada de forma rutinaria, y en definitiva en una traba para el acceso al sistema judicial», una consideración que le llevaba augurar que «lo único que ello supondrá es la agregación de nuevas cargas llamadas a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia».

¹⁹ La voluntariedad es también la regla que proclama la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. No obstante, el art.9 abre la puerta a las excepciones cuando una norma especial establezca la obligatoriedad de participar en un procedimiento ante una entidad de resolución alternativa de este tipo de controversias. Los pactos previos de sumisión no son vinculantes para el consumidor, de modo que si el consumidor demanda al empresario, este no podrá oponer con éxito la declinatoria, conforme a lo dispuesto en el reformado art. 63.1 LEC.

²⁰ Con mayor detalle, HERRERO PEREZAGUA, J., «Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», en *Revista Aranzadi Doctrinal* 4/2012.

mediación sin necesidad de que estuvieran elevados a escritura pública, es decir, sin control de legalidad de lo pactado²¹. El exceso de aquel texto, en su afán de equiparar mediación y proceso, alcanzaba aún cotas mayores cuando en su art. 24.4 disponía: «el acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada para las partes y frente a él solo podrá solicitarse la anulación». La naturaleza no jurisdiccional de la mediación impide que esta pueda participar de la nota de irrevocabilidad del juicio jurídico de las sentencias de fondo; solo de ellas es predicable ese efecto. Lo que aquella disposición venía a denotar es que la justicia también puede alcanzarse por medios de autocomposición y que, en consecuencia, estos deben gozar de igual eficacia. El salto conceptual se produce ya en la premisa al asimilar justicia y solución de conflictos.

La recepción de la Directiva, en lo que a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecta, se completa acogiendo lo establecido por el art. 5 de aquella. Con arreglo a él, pendiente un proceso, el tribunal que conozca de él puede proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio y pedirles que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación²². El art. 414.1.II LEC dispone que en la citación que convoca a las partes a la audiencia previa, cuando del juicio ordinario se trata, se informe a esta de «la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación» (igual prescripción se recoge en el art. 440.1.II LEC cuando de la citación para la vista del juicio verbal se trata). Cuando comparezcan al acto al que han sido convocados, los litigantes indicarán su decisión, es decir, si aceptan acudir a la mediación o no, y las razones por las que así lo deciden (aunque lo cierto es que ninguna trascendencia tienen tales motivos, ya que lo único que importa es si ha de continuar el procedimiento o no). A esta comunicación por parte del órgano jurisdiccional de carácter meramente informativo, se suma otra

²¹ Una posición crítica con la exigencia de elevar el acuerdo de mediación a escritura pública para dotarlo de eficacia ejecutiva puede verse en PÉREZ MARTELL, R. y VILALTA, A. E., «La mediación civil y mercantil en España: algunas consideraciones a la luz de la nueva Ley 5/2012, de Mediación», en *Revista General de Derecho Procesal* 28, 2012, pgs. 14 y 15.

²² En el estudio que realiza AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción», en BARONA VILAR (editora), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2016, pgs. 103-117, sobre el impacto que la Directiva ha tenido en la mediación, especialmente a la luz del Informe del Parlamento de 2014, se pone de relieve que la invitación de los tribunales a que las partes acudan a la mediación, aun en los casos en que los jueces han tenido un actitud proactiva, no ha incrementado apenas el número de mediaciones. Entre las medidas de mejora relacionadas con esta disposición, se encuentra la de conceder a los jueces la facultad de remitir a las partes a mediación, evaluar la productividad de los jueces con base en el número de asuntos remitidos a mediación, exigir a los jueces que expliquen por qué no remitieron un asunto a mediación, sancionar a los abogados que no informen a los litigantes sobre la existencia de esta vía para resolver su conflicto.

actuación que adquiere un carácter distinto: una vez que el juez ha comprobado que subsiste la controversia, «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» (art. 414.1.IV LEC). En este momento, el juez no solo informa, sino que exhorta. Y si las partes atienden su invitación, o por su propia voluntad deciden someterse a mediación, pueden solicitar la suspensión del proceso (art. 415.1.II LEC). De alcanzar un acuerdo, las partes pueden desistir del proceso o pedir al tribunal que homologue el acuerdo. Si la mediación concluye sin acuerdo, cualquiera de las partes puede pedir que el proceso se reanude: el intento de mediación no incide en él ni siquiera para condicionar el pronunciamiento sobre costas²³, a diferencia de lo que ocurre cuando ese intento ha tenido lugar antes de presentarse la demanda (art. 395.1.II LEC).

Cambios debidos, como se ve, por exigencias comunitarias. Pero cambios que no dejan de suscitar algunos interrogantes, cuando no ciertos reparos. Lo que es complementario, no debería ser alternativo. Y admitido, ese carácter complementario, no deberían extraerse de él consecuencias que van más allá de lo que esa naturaleza comporta; es decir: resulta censurable que lo que tiene la función de complementar — como es la mediación— y aquello a lo que complementa —la Administración de Justicia— se quieran presentar como dos manifestaciones o instrumentos de un mismo propósito. No hay que negar las bondades de la mediación —que, sin duda, las tiene—, pero tampoco hay que convertirlas en el fundamento de lo que no es. La mediación —su elección, su desarrollo y su eventual éxito— es manifestación de la autonomía de la voluntad y, en cuanto tal, justo es reconocer que los sujetos jurídicos pueden a través de ella componer sus intereses del modo que estimen más conveniente. Pero no debería servir para enmascarar las insuficiencias de la Administración de Justicia y, menos aún, para expulsar de ella determinadas reclamaciones de tutela judicial. El riesgo existe y buena muestra de ello es que potenciar mecanismos como la mediación tenga como uno

²³ Una norma especial, a este respecto, se contiene en el art. 4 del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. Este instrumento legal impulsa un procedimiento de solución extrajudicial con carácter previo a la demanda judicial, sin coste para el consumidor e imperativo para las entidades de crédito, con el objeto de lograr un acuerdo respecto de la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo. El art. 4 establece que si el consumidor rechaza el cálculo de la cantidad a devolver o declinase su devolución e interpusiera posteriormente una demanda judicial, solo se le impondrán las costas a la entidad demandada si la sentencia condenara a esta a una cantidad superior a la que ofreció. En estos casos, por tanto, el pronunciamiento sobre costas queda condicionado por las actuaciones extrajudiciales previas que buscaban una solución pactada que evitara el pleito posterior.

de los principales objetivos la reducción de los asuntos que acceden a los tribunales, con lo que parece enviarse un mensaje de que más vale arreglar las controversias que demandar justicia.

2. Los cambios por incorporación de disposiciones finales: los reglamentos europeos de contenido procesal

Han sido constantes los pasos dados para liberalizar, facilitar y garantizar la libre circulación de las decisiones judiciales en el ámbito europeo y firme el convencimiento de que las libertades comunitarias cuentan como mejor instrumento de su respeto y realización con el alumbramiento y la consolidación de un Derecho procesal civil europeo. Si el primer hito a este respecto lo constituyó el Convenio de Bruselas de 1968, el cambio más radical tiene lugar con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam al prever la existencia de normas procesales comunitarias (cooperación judicial civil). En uso de esta atribución, hemos asistido a la promulgación de diversos reglamentos que son normas de alcance general y aplicables directamente en los Estados miembros (salvo Dinamarca). Los primeros textos que conformaron este nuevo ordenamiento ya han dado paso a otros reformados: el Reglamento 44/2001 (denominado Reglamento Bruselas) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, civiles y mercantiles, fue sustituido por el Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis, RB I bis); en materia matrimonial y responsabilidad parental, el Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis, RB II bis) sustituyó al Reglamento 1347/2000 (Bruselas II); en el ámbito de los procedimientos de insolvencia, el régimen definido en el Reglamento 1346/2000 ha sido refundido en el Reglamento 848/2015 (RPI). A estos instrumentos se han sumado otros, como el Reglamento 85/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (RTEE), el Reglamento 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (RPME) o el Reglamento 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (RPEEC), por citar los más señalados de una larga lista (notificación y traslado de documentos, obtención de pruebas, alimentos, sucesiones *mortis causa*...).

Tanto en los casos en que se regulan los presupuestos, el procedimiento, el alcance y los mecanismos de control de la eficacia transfronteriza de las resoluciones, transacciones y documentos públicos (RB I bis, RB II bis, RTEE, RPI) como en

aquellos otros en que se instaura un proceso uniforme (el monitorio y el de escasa cuantía), la regulación de los instrumentos normativos comunitarios no es completa. Es preciso acudir a lo establecido en la legislación nacional en que se pretende aquella eficacia —o preparar la que de una resolución o documento españoles se quiere lograr en otro Estado— y lo es también cuando se ha de desarrollar el correspondiente proceso de cuño europeo; y es necesario, en consecuencia, que esa legislación dé respuesta a las cuestiones que la norma supraestatal le remite y a aquellas otras que esta solo aborda de una forma genérica. Se trata de cuestiones tales como la determinación del órgano competente (vg. juez de primera instancia o de lo mercantil, letrado de la Administración de Justicia, notario que haya confeccionado el documento, fueros territoriales, criterios de competencia funcional), el procedimiento a seguir (vg. el de los incidentes o el del juicio verbal, el de la oposición a la ejecución, habilitación de un trámite de alegaciones), el tipo de resolución que se ha de dictar (vg. auto o providencia del juez o decreto del letrado de la Administración de Justicia), el régimen de recursos y de subsanación (vg. aclaración y complemento de sentencias, procedencia o improcedencia del recurso y determinación, en su caso, de los procedentes de modo expreso o por remisión a las previsiones generales de la ley).

La técnica seguida por el legislador español para integrar el sistema ha sido la de incorporar a la Ley de Enjuiciamiento Civil una serie de disposiciones finales que responden al rúbrica general de «medidas para facilitar la aplicación en España» y a la particular que alude al concreto reglamento al que se refiere cada una de ellas. Tienen también en común que no solo completan aquello que la norma comunitaria precisa para su correcto funcionamiento, sino que reproducen en muchas ocasiones lo que el correspondiente reglamento establece, tal vez con el propósito de que quien deba acudir o aplicar este régimen disponga en un solo cuerpo normativo de un texto integrado²⁴.

Inauguró este modo de proceder del legislador la Ley 19/2006, de 5 de junio, que incorporó dos nuevas disposiciones finales a la LEC (21ª y 22ª, esta posteriormente modificada por la Ley 15/2015) con el objeto declarado de establecer medidas para facilitar la aplicación de las disposiciones del título ejecutivo europeo para créditos no impugnados y de las reguladoras de la competencia, el reconocimiento y la ejecución de

²⁴ Subraya esta duplicación, en referencia a la DF 25ª LEC, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pg. 63, y al mismo tiempo advierte —una advertencia que es extensible a las demás disposiciones finales de igual naturaleza— que «es evidente que las normas nacionales no pueden, en ningún caso, desplazar la aplicación de las disposiciones europeas».

resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. No dice más la Exposición de Motivos. Conforme a las Directrices de técnica normativa, las disposiciones finales tienen por objeto, entre otras cosas, «la incorporación del derecho comunitario al derecho nacional» [apartado 42 d)]. Que la ley elegida para introducirlas fuera la Ley de Enjuiciamiento Civil se explica, de un lado, por las remisiones internas a la ley procesal y, por otro, por lo que manifestó la Ley 4/2011, de 24 de marzo, que tuvo por objeto facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía²⁵: «a la espera de que se aborde la aprobación de la ley de cooperación jurídica internacional que prevé nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, se introducen en esta última norma tres nuevas disposiciones finales». La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil—cuyo proyecto debía haber sido remitido a las Cortes en 2001 (DF 20ª LEC)— tardó en llegar; no lo hizo hasta 2015 (Ley 29/2015, de 30 de julio). Con ella, aún se han incorporado dos nuevas disposiciones finales a la LEC (25ª y 26ª) para facilitar la aplicación de las normas de la Unión recogidas en el Reglamento Bruselas I bis y en el relativo a sucesiones *mortis causa* y la creación de un certificado sucesorio europeo (Reglamento UE 650/2012); el legislador ha preferido continuar con la técnica legislativa emprendida en 2006 y que siga siendo la Ley de Enjuiciamiento Civil la que albergue las normas procesales que tienen como objeto complementar el Derecho procesal civil europeo.

Este es, al cabo, el carácter de los cambios experimentados por la LEC por las exigencias de las normas de la Unión: un carácter complementario que no supone una alteración del sistema en el que se insertan, pues este no hace sino acomodar y completar sus mecanismos para dar respuesta aplicativa a las nuevas reglas. Si estas comportan, en su caso, una modificación significativa del modelo lo hacen en el ámbito de los litigios transfronterizos (como así se advierte, por ejemplo, con la supresión del exequátur y la generalización de los formularios). Cuestión distinta es que no pocas de las soluciones adoptadas en el marco de la Unión Europea sirven como referencia para la configuración del régimen interno de la cooperación jurídica internacional.

III. LOS CAMBIOS POR INSUFICIENCIA O INCOMPATIBILIDAD DE LA NORMA NACIONAL CON LA NORMA EUROPEA

²⁵ A tal fin, introdujo las disposiciones finales 23ª y 24ª y a ellas añadió la 25ª, hoy renumerada como 27ª, que alude a la obligación de poner a disposición de los tribunales y del público los formularios procesales regulados en las normas de la Unión Europea.

Ha sido en el ámbito de la protección del consumidor en el que, como consecuencia de distintas resoluciones del TJUE —un buen número de ellas dictadas en respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles—, la ley española ha tenido que ser modificada por el reproche recibido por su falta de acomodo a lo que en esa materia establece el ordenamiento de la Unión Europea. La consideración de las cláusulas abusivas introducidas en contratos celebrados entre un consumidor y un empresario o profesional ha provocado un goteo constante —que no cabe dar por acabado— de sentencias y autos del Tribunal de Luxemburgo tras los cuales ha sido necesaria la actuación del legislador nacional y la rectificación de distintas líneas jurisprudenciales no solo por los órganos de instancia, sino también por el Tribunal Supremo. Interesa en estas páginas atender a esos cambios normativos; pero el objeto de examen aún precisa de una acotación ulterior. Las modificaciones habidas han incidido, en primer lugar, en el Derecho sustantivo: se ha acometido la reforma de distintas leyes generales —como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o la Ley Hipotecaria— y se han promulgado normas especiales —como el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social o el Real Decreto-ley 1/2017, de 21 de enero de 2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, por citar algunos ejemplos—. Y, en segundo lugar, en estas y en otras disposiciones, se han introducido cambios significativos en la Ley de Enjuiciamiento Civil que, además de cumplir su función instrumental respecto de las modificaciones experimentadas por el Derecho material, son respuesta a los pronunciamientos del TJUE que ha declarado la incompatibilidad del régimen procesal español con la protección que el Derecho de la Unión exige garantizar. Estos cambios se han proyectado en dos instituciones de singular importancia: el proceso de ejecución —especialmente, la ejecución hipotecaria— y el proceso monitorio; a ellas hay que añadir la incertidumbre que se ha generado en torno a la cosa juzgada en los términos a los que luego haré referencia.

1. Los cambios en el proceso de ejecución. Especial referencia a la ejecución hipotecaria

En la ejecución hipotecaria, el título —la escritura pública de constitución de la hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad— está dotado de una protección

especial. El origen de este tratamiento procesal tiene una explicación económica: facilitar el acceso al crédito a personas con ingresos modestos, siendo por lo común que la suma que se pide en préstamo está destinada a la adquisición de una vivienda o un local de negocio y que, de otro modo, esa compra no podría tener lugar. La hipoteca es la garantía para el acreedor y, además, se pone en manos de este un proceso rápido y ágil para instrumentar la protección del crédito hipotecario: un proceso que se tramita en poco tiempo y en el que no cabe el planteamiento de incidentes que puedan paralizar y demorar su resolución, es decir, un proceso expeditivo y con severas limitaciones a la oposición del deudor. Aquí es donde surge la tensión: de un lado, la tutela reforzada del acreedor; del otro, la defensa del deudor que no puede quedar inerme frente a las actuaciones ejecutivas, conforme a los principios de audiencia e igualdad.

El proceso de ejecución hipotecaria salvó en su día el control de constitucionalidad²⁶. Y el régimen legal que incorporó la Ley de Enjuiciamiento Civil siguió la línea anteriormente trazada, cuya principal nota definidora era que la oposición a la ejecución se sometía a una tasada y restrictiva relación de causas. Las que no estuvieran en esa lista no podían ser alegadas en el procedimiento. Y se entendió por el Tribunal Constitucional que no había vulneración del derecho de defensa al quedar abierta a los interesados la vía del juicio declarativo para la tutela de sus derechos. El deudor, por tanto, tenía limitadas sus posibilidades de evitar la prosecución de la ejecución o de que esta siguiera en los términos pretendidos por el acreedor, pero, además, tampoco podía obtener en el declarativo al que se viese compelido a acudir, la suspensión cautelar de la ejecución. Podía, por tanto, encontrarse con esta situación: que la ejecución se llevara a su término; que, posteriormente, su pretensión en el proceso de declaración fuera estimada, lo que vendría a evidenciar la ilicitud de la ejecución llevada a cabo; que, en tal caso, solo pudiera obtener una compensación indemnizatoria, pero no la restitución del estado de cosas en el que se encontraba antes de dar comienzo la ejecución.

El examen de este régimen legal fue abordado por el TJUE cuando la cuestión se le planteó por ser el deudor hipotecario un consumidor y no tener la posibilidad de pronunciarse el juez de la ejecución sobre el carácter abusivo de una cláusula que fuera fundamento de la ejecución o determinase la cantidad exigible. En realidad, esta cuestión ya le había sido sometida a propósito de la regulación del proceso monitorio

²⁶ El primer pronunciamiento a este respecto fue el de la STC 41/1981, de 18 de diciembre.

español; pero la repercusión legal de su decisión tuvo que esperar más que la que ahora nos ocupa, como luego se verá. En lo que a la ejecución hipotecaria respecta, el punto de referencia es la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11); en esta ocasión, el régimen legal español no superó el examen al considerar el tribunal que se oponía a la Directiva 93/13. En efecto, la referida sentencia concluyó que la ley española no era compatible con la norma comunitaria porque, por una parte, no permitía formular en el procedimiento de ejecución hipotecaria un motivo de oposición basado en el carácter abusivo de la cláusula que constituya el fundamento de la ejecución y, por otra, remitía al proceso declarativo correspondiente esa pretensión sin que el juez de este proceso pudiera adoptar, como medida cautelar, la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria, de modo que, entendió el tribunal europeo, la sentencia favorable que obtuviera en el declarativo el actor (deudor en la ejecución) solo le daría derecho a una indemnización, por lo que la protección otorgada, según dice el apartado 60, «resulta incompleta e insuficiente y (...) no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13».

Es la suma de esos dos factores lo que condujo a censurar la ley española. Lo determinante es que la satisfacción del ejecutante no debe producirse sin haber resuelto la cuestión del carácter abusivo de la cláusula. El legislador debía optar por permitir el examen y decisión del carácter abusivo de la cláusula en el proceso de ejecución hipotecaria o, si en esta no hubiera trámite para ello, incorporar en la relación de causas de suspensión de la ejecución una nueva que consistiera en acordar la paralización por haberse planteado en un proceso declarativo el carácter abusivo de la cláusula, ya fuera como medida cautelar ya lo fuera como pronunciamiento prejudicial. El legislador español se decantó por la primera solución²⁷ que es, al cabo, la que se aviene mejor con el objetivo de dotar a la realización de la garantía hipotecaria de un procedimiento ágil y rápido. Y, así, incorporó al art. 695.1 LEC una nueva causa de oposición: «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible». El régimen legal experimentó, por tanto, una importante transformación, no solo por la ampliación de lo que puede ser objeto en el incidente de oposición, sino también por el modo en que ese motivo puede ser

²⁷ Con mayor detalle, HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor», en ESPEJO LERDO DE TEJADA y MURGA FERNÁNDEZ (directores, *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2016, pgs. 303-344.

introducido en el proceso y por los efectos anudados a la resolución del incidente. Y este nuevo modo de disponer las cosas condujo también a la reforma de la ejecución ordinaria. En efecto, cuando de la oposición a la ejecución de títulos no judiciales se trate, el art. 557.1 LEC permite que el ejecutado la funde en que el título contiene cláusulas abusivas, con arreglo al ordinal séptimo añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Pero, además, conforme a la jurisprudencia del TJUE, no es suficiente que el juez *pueda* llevar a cabo el control de las cláusulas abusivas que puedan ser fundamento de la ejecución o de la cantidad pretendida. Para corregir el desequilibrio entre el consumidor y el profesional, cabe que el juez aprecie *de oficio* el carácter abusivo de una cláusula contractual²⁸. En la ejecución ordinaria, es el art. 552.1 LEC el que impone al tribunal este examen de oficio y el que regula cómo proceder en tal caso: el examen precede al despacho de la ejecución y el juez, para resolver, ha de dar audiencia a las partes. El cambio de modelo radica en que antes el juicio que conducía al despacho de la ejecución era el juicio sobre la regularidad formal exigible para dar curso a las actuaciones; con la reforma, se adelanta a ese momento un enjuiciamiento sobre el fondo, como es el relativo a la presencia de cláusulas abusivas. Aunque nada se dice a este respecto en la regulación de la ejecución hipotecaria, habrá que proceder en ella de igual modo, en virtud de la remisión del art. 681.1 LEC. El control de oficio no solo restaura el desequilibrio entre las partes; desde un punto de vista estrictamente procesal sirve para excluir toda actuación que, por estar fundada en una cláusula abusiva, ha de reputarse ilícita. Por ello, no ha de impedirse que esa apreciación tenga lugar en un estadio más avanzado del procedimiento si en el previsto a su inicio no surtió efecto, incluso en fase de recurso²⁹; así lo ha estimado la STS 265/2015, de 22 de abril.

El cambio experimentado tiene todavía otras implicaciones. Si el carácter abusivo de la cláusula se ha examinado en el incidente previo al despacho de la ejecución, la pretensión de que lo vuelva a ser en el incidente de oposición debe estar abocada al fracaso: este segundo control sería contrario a la economía procesal y atentaría contra la cosa juzgada formal. Sin embargo, aquellas cláusulas que no fueron

²⁸ Entre otras, SSTJUE de 26 de octubre de 2016 (C-168/95), 4 de junio de 2009 (C-243/08), 6 de octubre de 2009 (C-40/08), 9 de noviembre de 2010 (C-137/08), 14 de junio de 2012 (C-618/10).

²⁹ Véanse las SSTJUE de 21 de noviembre de 2002 (C-473/00) y 30 de mayo de 2013 (C-488/11 y C-397/11).

objeto de pronunciamiento en el incidente previo, podrán ser alegadas en el escrito de oposición que, en su caso, presente el ejecutado.

La regulación legal no deja de suscitar dudas en cuanto al alcance de la resolución que dicte el juez en estos casos. Si esta produce cosa juzgada es algo que atañe en exclusiva al ordenamiento nacional (y es esta una cuestión debatida). Pero las normas comunitarias y su interpretación por el TJUE no han dejado de incidir en otros extremos que han condicionado los pronunciamientos de nuestros tribunales, en algunos casos, y propiciado nuevas reformas legales, en otros. Es lo que ha acontecido con el establecimiento de un mínimo de cuotas impagadas para que pueda reclamarse el total de la deuda cuando se hubiera convenido el vencimiento anticipado (art. 693.3 LEC), con la fijación de un máximo legal de los intereses de demora y la base de cálculo (art. 114 LH) o con el límite mínimo del tipo de la subasta tomando como referencia el valor de tasación: todas ellas tenían en común el propósito de señalar nuevos umbrales de ilegalidad. En otros casos, la jurisprudencia del TJUE ha incidido en el sentido de poner coto al uso de la facultad moderadora de los tribunales que, apreciando el exceso de determinadas cláusulas, permitían rebajarlas, recalcular o, en definitiva, ajustarlas a los límites legales [sirva como ejemplo la STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13 y C-487/13) y su recepción por la STS núm. 265/2015, de 22 de abril, y el contraste de esta doctrina con lo establecido en la DT 2ª de la Ley 1/2013].

El régimen legal, según hemos visto, tuvo que ser reformado. Pero aún fue necesaria ulteriormente una reforma sobre la reforma, en concreto, en materia de recursos. La ley había dado cabida al carácter abusivo de las cláusulas como causa de oposición, pero dispuso la apelabilidad del auto estimatorio y la irrecurribilidad del auto desestimatorio³⁰, es decir, que el profesional ejecutante podía apelar en el caso de que se sobreseyese la ejecución o se acordara la inaplicación de la cláusula abusiva mientras que el ejecutado consumidor no podía recurrir si se rechazaba su oposición. Al resolver la cuestión prejudicial planteada (lo hizo la Audiencia Provincial de Castellón), la STJUE de 17 de julio de 2014 (C-169/14) declaró que la norma procesal española

³⁰ El apartado cuarto del art. 695 LEC, en la redacción que le dio la Ley 1/2013, decía así: «Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten».

«coloca al consumidor, en su condición de deudor ejecutado, en una situación de inferioridad en relación con el profesional, en su condición de acreedor ejecutante, en lo que atañe a la tutela judicial de los derechos que puede invocar, al amparo de la Directiva 93/13, frente a la utilización de cláusulas abusivas». Esta apreciación le condujo, en lógica consecuencia, a apreciar un desequilibrio entre los medios procesales de que disponen uno y otro y a estimar que el régimen antes descrito resultaba contrario al principio de igualdad de armas o de igualdad procesal «que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria». A la vista de estas consideraciones y del fallo de la sentencia, fue precisa de nuevo la intervención del legislador en el sentido de restaurar el equilibrio entre los litigantes en lo que al régimen de recursos respecta³¹.

2. Los cambios en el proceso monitorio

El proceso monitorio español ha sido sometido a distintas modificaciones desde su incorporación a la Ley de Enjuiciamiento Civil (precedida de su instauración en 1999 para las reclamaciones de las cuotas de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal). Las reformas han tenido como objeto la cuantía de las reclamaciones, el tránsito del monitorio a la ejecución y la atribución competencial del procedimiento, a las que se ha añadido la adaptación a la doctrina del TJUE:

a) En un principio, a través del monitorio solo podían articularse las reclamaciones dinerarias que no superaran los 30 000 €; este límite se amplió posteriormente hasta los 250 000 € y, finalmente, se eliminó. El artículo 5 de la Directiva 2000/35, de 29 de junio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales estableció la obligación de los Estados de articular procedimientos de cobro de créditos no impugnados para la obtención de un título ejecutivo «independientemente del importe de la deuda». El proceso monitorio español cumplía con las exigencias de la Directiva, salvo con la relativa a la ausencia de límite en la cuantía reclamada, hasta que la Ley 37/2011, de 10 de octubre, lo suprimió dando nueva redacción al art. 812 LEC.

³¹ El párrafo primero del art. 694.4, con la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, dice así: «Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación». (En cursiva, el inciso añadido).

b) Conforme a la redacción original de la LEC, si, tras ser requerido de pago, el deudor no pagaba ni se oponía, el tribunal debía dictar un auto despachando ejecución; la reforma que se introdujo a este respecto consistió en exigir que se dicte una resolución que ponga fin al monitorio y hacer descansar sobre el acreedor la carga de instar el despacho de ejecución. No procede, por tanto, que este se acuerde con carácter automático.

c) La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, atribuyó la completa tramitación del monitorio al secretario judicial (que en la actualidad ha pasado a denominarse letrado de la Administración de Justicia). Este cambio suponía algo más que una nueva distribución competencial puesto que afectaba a una nota característica del proceso monitorio español: con arreglo a lo que establece el art. 816.2 LEC, la terminación del monitorio por incomparecencia del deudor produce un efecto excluyente sobre cualquier otro proceso ulterior en que se pretendiera la cantidad reclamada o la devolución de la que se obtuviere con la ejecución, es decir, la cuestión litigiosa queda decidida de forma definitiva. Este es el efecto propio de la cosa juzgada y la cosa juzgada es consustancial a la función jurisdiccional atribuida con carácter exclusivo a los juzgados y tribunales.

Al margen de la perplejidad que esto pueda suscitar, la exclusión del juez en la sustanciación del monitorio ha evidenciado un problema añadido como consecuencia de las exigencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE. Es este el último estadio en la evolución del proceso monitorio. La modificación no obedece tanto a un afán de extensión y perfeccionamiento de este instrumento procesal, sino a un cambio de perspectiva o, al menos, a la ponderación de un punto de vista que hasta ahora quedaba difuminado cuando no relegado a un segundo plano: esa perspectiva ya no parte tan solo de la posición que fundamenta la tutela del crédito, sino que lo hace también desde la que ha de sopesar la protección del deudor. La realidad social se ha transformado: de los tiempos de crecimiento y lucha contra la morosidad hemos pasado a una larga etapa de crisis económica y vulnerabilidad. Y ha sido, nuevamente, la cuestión del carácter abusivo de las cláusulas de los contratos entre un empresario o un profesional y un consumidor la que ha desencadenado la necesidad de reforma.

La STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10) declaró que el régimen del monitorio español podía menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 al no permitir el examen de oficio del carácter abusivo de una cláusula contenida en el documento que fundamenta la reclamación hecha valer en

el monitorio cuando se trate de un contrato entre un profesional y un consumidor. El apartado 43 de la sentencia ofrece el siguiente razonamiento: «el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello». Y el tribunal concluyó que la norma española no resultaba conforme con el principio de efectividad. Había que reformar la ley.

Y hubo ocasión para ello cuando, según hemos visto, se modificó, por la Ley 1/2013, el incidente de oposición en la ejecución hipotecaria para dar entrada a la causa fundada en el carácter abusivo de la cláusula que sirva de fundamento a la ejecución, al mismo tiempo que en el art. 552 LEC —para las ejecuciones ordinarias fundadas en títulos extrajudiciales y, por remisión, también para las hipotecarias— se articulaba un trámite para que el juez examinara de oficio si correspondía esa calificación a algunas de las cláusulas del título. Sin embargo, no fue entonces cuando se introdujeron los cambios obligados en el proceso monitorio. Estos no llegaron hasta la Ley 42/2015, de 5 de octubre, y en el ínterin se habían producido resoluciones divergentes de los tribunales respecto de la procedencia, a falta de norma expresa, de llevar cabo el examen de oficio en el momento inicial del proceso. La reforma consistió en añadir un nuevo apartado, el cuarto, al art. 815 LEC por el que se introduce un incidente contradictorio *a limine litis* cuya incoación se ordena de oficio. Con esta solución afloran algunos problemas.

Lo que importa, ciertamente, es que el examen de oficio —y con él, la decisión sobre el carácter abusivo de alguna cláusula— tenga lugar antes de la creación del título y antes de dar por decidido definitivamente el litigio. Es decir: lo determinante es que no se otorgue una tutela cuando concurre un elemento que debería conducir a su negación total o parcial. Confiar la apreciación del carácter abusivo de alguna cláusula a la denuncia que la parte pueda articular en su escrito de oposición no satisfaría la exigencia de la jurisprudencia comunitaria de que el juez lleve a cabo el examen de oficio sobre ese particular. La apreciación de oficio que pueda realizar el tribunal de la ejecución, conforme al art. 552 LEC, no da tampoco cumplida respuesta a la cuestión planteada: de una parte, el citado precepto se refiere a esta posibilidad cuando de un título extrajudicial se trate, lo que cobra sentido porque en tales casos no ha habido ocasión previa para el examen de oficio; de otra, no ha de olvidarse que la censura del

tribunal europeo lo es de la regulación del proceso monitorio, de modo que si se confiara esta cuestión al posterior proceso de ejecución, la razón del reproche se mantendría en iguales términos.

La STJUE de 18 de febrero de 2016 (asunto C-49/14) señaló dos vías para garantizar la protección efectiva de los derechos que se derivan de la Directiva: que el control de oficio se lleve cabo en el marco del proceso monitorio o en el del procedimiento de ejecución del requerimiento de pago (apartado 46). Pero la propia sentencia reconocía que, dada la eficacia de cosa juzgada que tiene la resolución del secretario judicial por la que se pone fin al proceso monitorio, resultaba imposible el control en ejecución³². Conviene también reparar en que ninguna de las dos sentencias citadas (la de 14 de junio de 2012 y la de 18 de febrero de 2016) prescriben que, si el control se lleva a cabo en el monitorio, ese examen deba necesariamente tener lugar *a limine litis*, por lo que cabe entender que puede serlo en otro momento o fase del procedimiento. La solución del legislador español se ha decantado por lo primero. Al hacerlo, queda afectada la propia estructura del monitorio, pues adelanta la eventualidad del contradictorio a un estadio previo al requerimiento de pago, pero limitando el objeto de lo que se somete a examen en el incidente así provocado, puesto que el deudor no podrá alegar motivo alguno de oposición, ya sea de naturaleza procesal o de fondo. En buena lógica procesal, lo único que debe preceder al requerimiento es el juicio de admisibilidad de la petición y este debería limitarse a la concurrencia de los presupuestos de carácter general (los relativos al órgano y a las partes), a los que afectan a la adecuación del procedimiento (la naturaleza de la obligación) y a la suficiencia del principio de prueba. Verificados estos extremos, nada habría de obstar a concatenar el siguiente paso en la sustanciación del procedimiento, es decir, requerir de pago al deudor, del mismo modo que en los procesos declarativos ordinarios a la presentación de la demanda sigue el trámite de admisión, sin que en este se adelante juicio alguno sobre el fondo de la pretensión, y después de admitida continúa sustanciándose el proceso conforme a los cauces legalmente previstos.

³² Para activar esta segunda solución, sería necesario, como ha señalado ARMENGOT VILLAPLANA, «La doctrina del TJUE sobre las cláusulas abusivas y la reforma del proceso monitorio por la Ley 42/2015», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN y SIGÜENZA LÓPEZ (directores) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2017, pg. 153, que la ley no equiparase el título ejecutivo creado por el secretario judicial a los títulos judiciales ni que lo tratase como una sentencia de condena implícita, sino como un título ejecutivo no judicial para el que la tramitación de la ejecución prevé el control de oficio de las cláusulas abusivas en el momento de despacho de la ejecución (art. 552.1.II LEC) y la posibilidad del deudor ejecutado de formular oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas (art. 557.7º LEC)

Bien pudiera haber optado la reforma —combinando las exigencias de la jurisprudencia del TJUE y la eficacia del proceso monitorio— por que el examen de oficio del juez tuviera lugar en el seno del proceso monitorio cuando, transcurrido el plazo que el requerimiento señala para pagar u oponerse, el deudor no hiciera lo uno ni lo otro³³. Ese sería el momento para que el secretario judicial (el letrado de la Administración de Justicia) diera traslado al juez y se abriera el incidente en el que, oídas ambas partes, se planteara la cuestión del carácter abusivo de alguna cláusula; el juez resolvería sobre este extremo —y con carácter prejudicial sobre la naturaleza del contrato— por medio de un auto con fuerza de cosa juzgada; si no estimase la existencia de cláusulas abusivas, se crearía el título ejecutivo.

De lo expuesto, se advierten otros problemas en la estructura del proceso monitorio español que la jurisprudencia del TJUE ha contribuido a evidenciar.

a) El primero de ellos es que pone de relieve la inconveniencia de atribuir el proceso monitorio al secretario judicial (hoy letrado de la Administración de Justicia). La sentencia del tribunal europeo censura una regulación que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio no pueda examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, que afecta al contenido de la reclamación, cuando el consumidor deudor no haya formulado oposición. Lo cierto es que desde la reforma de la LEC de 2009 el juez no conoce de la petición inicial del monitorio y que este puede concluir sin su intervención. Pero lo cierto también es que ese proceso se halla articulado para la obtención de un título ejecutivo y que puede concluir con la resolución definitiva de la controversia. Y lo que contraviene el Derecho comunitario, el principio de efectividad, es que ese resultado pueda alcanzarse sin haber proporcionado al consumidor la debida protección jurídica de la que debe disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13, en particular de la que, con carácter imperativo establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor y de la que la jurisprudencia del tribunal europeo ha inferido el deber del juez nacional, cuando hay un proceso pendiente, de apreciar de oficio ese carácter abusivo como medio de subsanar el

³³ A este respecto, señala BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio», en *La Ley*, núm. 8137, 30-7-2013: «en caso de que pague, no habría que realizar actuación procesal alguna, puesto que sería el mismo supuesto que si hubiera pagado sin haberse instado ninguna actuación judicial previa. Cuando se oponga, lo lógico es que el juez analice el carácter abusivo de la cláusula en el juicio ordinario o verbal que corresponda».

desequilibrio entre el consumidor y el profesional. Ese papel de control corresponde en exclusiva al juez.

b) En segundo lugar, el control del juez tendrá lugar solo si el letrado de la Administración de Justicia le da cuenta de las actuaciones. En la decisión de traslado hay ya una valoración que excede la de comprobación de los requisitos formales que han de concurrir en una demanda o en la petición inicial como es la de apreciar que el contrato en el que se funda la reclamación ha sido celebrado entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario. Este es un juicio previo que sirve de base al que posteriormente ha de efectuarse sobre la existencia del carácter abusivo de alguna de sus cláusulas. Y como tal juicio, aunque tenga un carácter instrumental, debería estar atribuido al conocimiento del juez. La cuestión puede convertirse en problemática especialmente en aquellos supuestos en que el letrado de la Administración de Justicia estime que el contrato no es de los que encajan en la categoría a que se refiere la norma³⁴ y, en consecuencia, no dé cuenta al juez de la reclamación, con lo que, si la apreciación del letrado de la Administración de Justicia fuera equivocada, el consumidor habría quedado privado del examen judicial que es garantía de su tutela.

c) Y, por último, la atribución del efecto de cosa juzgada a la resolución del secretario judicial (letrado de la Administración de Justicia) se revela realmente, sin duda, perturbadora. Ya hemos visto que una disposición como esta ha llevado al tribunal europeo a señalar la imposibilidad de posponer el control de la abusividad al trámite del despacho de ejecución. Pero es más: entra en contradicción con la atribución en exclusiva de la función jurisdiccional a los jueces y tribunales que proclama el art. 117.3 de nuestra Constitución. Si la solución fuera privar de esa eficacia a la resolución que pone fin al monitorio, se le privaría de una de las ventajas que lo adornan: no solo se consigue con él la rápida creación de un título ejecutivo, sino que también proporciona la resolución de la controversia sin que esta pueda suscitarse de nuevo. Si se mantiene en los términos actuales, estaremos asistiendo a una mutación del concepto de cosa juzgada alejado de su consolidado entendimiento.

3. ¿Cambios en la cosa juzgada?

³⁴ Puede resultar problemático, por ejemplo, determinar si existe una relación de consumo o si una de las partes reúne la condición de consumidor, como en los denominados *actos mixtos* en que un bien se destina a uso personal y profesional o en aquellos otros casos en que un profesional adquiere bienes ajenos a su actividad. Véase, a este respecto, LAFUENTE TORRALBA, A., «Los obstáculos para el examen de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente», en *Revista de Derecho Civil* núm. 2 (abril-junio 2015), 2015, en especial, pgs. 183-194.

El planteamiento de un nutrido número de cuestiones prejudiciales en materia de cláusulas abusivas ha originado una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, según hemos visto, ha incidido en la reconfiguración del proceso de ejecución y del proceso monitorio. Esa incidencia se observa en el propio desarrollo procedimental de uno y otro, pero va más allá, pues, como ha habido ocasión de advertir, altera las reglas de la iniciativa procesal y de la determinación del objeto que hasta hace poco disciplinaban nuestro sistema procesal. El último frente abierto a este respecto afecta la institución de la cosa juzgada.

Dos son las principales líneas en que se han suscitado algunos interrogantes que invitan a la reflexión:

1ª) Por una parte, si a la luz de la interpretación del Derecho europeo que haga el TJUE entendiendo que lo resuelto por el juez nacional se opone a él, cabe revisar lo decidido en sentencia firme con fuerza de cosa juzgada.

2ª) Y, por otra, si una sentencia dictada en un proceso en que ha ejercitado una acción colectiva despliega su eficacia de cosa juzgada sobre un proceso en que se ejercita una acción individual y en el caso de que aún no se haya dictado aquella, si condiciona la tramitación y el resultado del proceso que tenga como objeto la acción individual.

A) Valor absoluto y valor relativo de la cosa juzgada

Como señala DE LA OLIVA³⁵, la cosa juzgada subviene a la seguridad y a la paz jurídicas y, entre otras cosas, impide que una discusión jurídica se prolongue indefinidamente y que vuelva a entablarse un proceso acerca de un asunto ya decidido firmemente por la jurisdicción. Pero el principio de la seguridad jurídica, que determina la irrevocabilidad de las resoluciones firmes, cede en ocasiones —en contadas y tasadas ocasiones— cuando entra en pugna con el principio de justicia. A la finalidad de resolver esa tensión sirve el instrumento conocido como revisión de sentencias firmes, un medio de rescisión de la cosa juzgada que conducirá a esta si, dándose los presupuestos que exige la ley, se concluye que la sentencia que en su día se dictó se

³⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pgs. 103-105.

ganó injustamente atendiendo a las actuaciones realizadas y al modo en que se practicaron³⁶.

Esa tensión se ha evidenciado en un caso que escapa a las causas tasadas conforme a las cuales cabe solicitar la revisión de una sentencia y obtener un juicio rescindente. La STS 241/2013, de 9 de mayo, declaró la nulidad, por abusivas, de ciertas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria, pero limitó sus efectos al disponer que solo habría lugar a la devolución de las cantidades indebidamente abonadas tras la publicación de la sentencia. Hubo deudores que limitaron sus reclamaciones a lo señalado por el Tribunal Supremo y hubo otros que pretendieron la devolución íntegra; y en estos casos, la mayor parte de las sentencias dictadas por los órganos de instancia declararon —con más disciplina que convencimiento— que el derecho a la devolución no iba más allá de las cantidades pagadas a partir de la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo. A este respecto, se plantearon varias cuestiones prejudiciales que encontraron respuesta en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15) que declaró que la Directiva 93/13 se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional. En definitiva, la doctrina del Tribunal Supremo que estableció aquella retroactividad limitada resulta incompatible con las normas de la Unión Europea.

A partir del pronunciamiento del TJUE, se ha suscitado el problema relativo a la cosa juzgada. Aquellos consumidores que, sabedores de la doctrina del Tribunal Supremo, limitaron su pretensión de restitución a las cantidades pagadas desde la STS de 9 de mayo de 2013 veían expedito el camino para reclamar los importes indebidamente abonados antes de esa fecha en aplicación de la cláusula declarada abusiva. En cambio, aquellos otros que pretendieron la devolución íntegra —esto es, que incluyeron en el *petitum* de su demanda las cantidades abonadas antes y después del 9 de mayo de 2013— obtuvieron unas sentencias parcialmente estimatorias, pues les negaron su derecho a la restitución de las cantidades anteriores a esa fecha. Conforme a la doctrina del TJUE, estos consumidores tendrían derecho a la restitución de todas las cantidades, pero las sentencias que condenaron a devolver solo una parte de lo pedido

³⁶ Sobre el fundamento, concepto y naturaleza de la revisión, SIGÜENZA LÓPEZ, J., *La revisión de sentencias firmes en el proceso civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, pgs. 17 y ss.

son sentencias firmes y, por tanto, tienen fuerza de cosa juzgada. Por tanto, esos consumidores no podrán beneficiarse del efecto restitutorio que deriva de la sentencia del TJUE³⁷. ¿Debe prevalecer la seguridad jurídica?³⁸ En su caso, ¿hay forma de que ceda la seguridad jurídica para corregir estas situaciones injustas?

Hay ejemplos en la jurisprudencia del TJUE en que se ha modulado la estricta aplicación de la cosa juzgada en aras del principio de efectividad³⁹. Pero no cabe inferir una doctrina clara y tajante que conduzca a afirmar la relatividad del valor de la cosa juzgada en el sentido de que puedan revisarse las resoluciones dotadas con esa fuerza cuando, de no hacerlo, se entienda que sufren un menoscabo los derechos reconocidos por el ordenamiento de la Unión Europea. Es más, la STJUE de 6 de octubre de 2015 (C-69/2014) declaró que el Derecho de la Unión no se opone a que «un juez nacional no tenga la posibilidad de revisar una resolución judicial firme dictada en un procedimiento civil, cuando esta resolución resulta incompatible con una interpretación del Derecho de la Unión adoptada por el Tribunal de Justicia con posterioridad a la fecha en la que dicha resolución ha devenido firme, mientras que tal posibilidad existe

³⁷ Sobre estos aspectos, LAFUENTE TORRALBA, A., «Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo: problemas de cosa juzgada ante un posible pronunciamiento del TJUE favorable a la retroactividad plena de la declaración de nulidad», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN y SIGÜENZA LÓPEZ (directores) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2017, en especial, pgs. 298 y ss. Señala el autor que no deja de resultar paradójico que los consumidores más diligentes o los que defendieron desde el principio su derecho a la devolución íntegra recibirán un trato más desfavorable que quienes demoraron el ejercicio de la acción. Y aún más que quienes solicitaron del órgano enjuiciador el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial, sin obtenerlo, y con él la suspensión del proceso hasta que se pronunciase el TJUE, cosa que tampoco obtuvieron, no pueden beneficiarse del fallo de los jueces de Luxemburgo. En definitiva, resultarán más favorecidos aquellos que se aquietaron a una doctrina contraria al Derecho de la Unión que quienes la discutieron y combatieron.

³⁸ En opinión de LAFUENTE TORRALBA, A., «Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo...», cit., pgs. 300 y 302, la seguridad jurídica ya se ha visto fracturada: primero, por la decisión *contra legem* de establecer un régimen de restitución parcial en los supuestos de nulidad contractual; segundo por vulnerar los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia que los interpreta; y tercero, por la infracción por el TS de su deber de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE para someter a su examen una doctrina tan difícilmente conciliable con el Derecho comunitario. Por ello, concluye el citado autor, «la aplicación estricta de la cosa juzgada no constituirá un tributo a la seguridad jurídica» y su exclusión «no serviría para ahondar esa fractura, sino justamente para repararla».

³⁹ SSTJCE de 13 de enero de 2004 (asunto C-453/00), de 18 de julio de 2007 (asunto C-119/05) y de 3 de septiembre de 2009 (asunto C-2/08). La STJUE de 18 de febrero de 2016 (asunto C-49/14) —que, recuérdese, examinó, entre otras cosas, si el decreto del secretario judicial, por su eficacia de cosa juzgada, impedía el control judicial de oficio del carácter abusivo de las cláusulas—, tras señalar que «si bien el sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada se rige por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de estos, este sistema debe en cualquier caso respetar los principios de equivalencia y efectividad», declaró la disconformidad del régimen español del proceso monitorio entonces vigente con el principio de efectividad y precisamente porque el sistema de aplicación de la cosa juzgada hacía imposible aplicar la protección de la Directiva 93/13.

en lo que atañe a las resoluciones judiciales firmes incompatibles con el Derecho de la Unión dictadas en procedimientos administrativos»⁴⁰.

La situación injusta en que han quedado los consumidores no puede ser corregida acudiendo al instrumento de rescisión que constituye la revisión de sentencias firmes⁴¹; ninguno de los motivos del art. 510 LEC puede amparar una pretensión de esa índole. Así lo ha declarado el ATS de 4 de abril de 2017 en el que ofrece sólidas razones para sustentar su fallo⁴². Y de la jurisprudencia del TJUE tampoco deriva la exigencia de reformar el citado precepto para dar cabida a una nueva causa de revisión⁴³. No estamos, al menos de momento, ante la necesidad de un cambio obligado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B) La relación entre las acciones colectivas y las acciones individuales en defensa de los derechos de los consumidores

Las normas que contiene la LEC en esta materia plantean no pocos interrogantes. Con arreglo a lo que establece el art. 222 respecto de la extensión de la

⁴⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Exige el Derecho de la Unión europea la revisión de las sentencias firmes dictadas al amparo de la doctrina jurisprudencial en materia de cláusulas suelo establecida con anterioridad a la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016?», en *La Ley (mercantil)* núm. 35, 1-4-2017, sostiene a este respecto: 1º) desde el punto de vista del principio de efectividad, rechazar la rescisión de sentencias firmes posiblemente contrarías al Derecho de la Unión «no priva de efectividad al Derecho de la Unión, singularmente cuando, de cara al futuro, el propio Tribunal Supremo ya ha rectificado su doctrina jurisprudencial para acomodarla a la interpretación efectuada desde Luxemburgo» (algo que hizo la STS 123/2017, de 24 de febrero); y 2º), desde el punto de vista del principio de equivalencia, la revisión de una sentencia firme en estos casos vendría impuesta si «nuestro ordenamiento permitiera la revisión de sentencias firmes a resultas de las resoluciones dictadas por tribunales nacionales que comportan un cambio en la doctrina jurisprudencial con potencial incidencia en el fondo del asunto» (y lo cierto no es solo que no la permite, sino que la veda en casos como los subsumibles en el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es decir, cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley que se ha aplicado en sentencias firmes).

⁴¹ Sobre la posibilidad de que la situación se pueda remediar por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado, véase LAFUENTE TORRALBA A., «Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo...», cit., pgs. 305-307.

⁴² Véase a este respecto el comentario de GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Exige el Derecho de la Unión europea la revisión...», cit.. El autor pondera la respuesta del tribunal, aunque se muestra crítico, y con razón, con que esta se haya producido a través de un inexistente trámite de inadmisión de la demanda de revisión, cuando lo procedente hubiera sido ofrecerla en la correspondiente sentencia desestimatoria.

⁴³ La L.O. 7/2015, de 21 de julio, introdujo un nuevo motivo de revisión en el art. 510 LEC para aquellos casos en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado la violación, en la sentencia cuya rescisión se pide, de alguno de los derechos reconocido en el Convenio Europeo de Derecho Humanos. El ATS de 4 de abril de 2017 rechaza extender este motivo a los casos en que la sentencia haya sido dictada por el TJUE «porque la justificación de la reforma radica en la salvaguarda de los derechos fundamentales, único supuesto en que parecería razonable una excepción al principio de cosa juzgada». Pero, además, como señala GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Exige el Derecho de la Unión europea la revisión...», cit., en los casos en que se advierte que una sentencia firme ha sido dictada al amparo de una norma o una doctrina jurisprudencial nacionales declaradas después incompatibles con el Derecho de la Unión, el TJUE no se ha pronunciado sobre ese caso, aunque el pronunciamiento tenga vocación de proyección general y pueda existir identidad de razón.

cosa juzgada, cabe afirmar que la sentencia que estime una acción colectiva de cesación —y que, por tanto, declare la nulidad— desplegará su eficacia positiva o prejudicial respecto de la acción individual de nulidad que eventualmente se ejercite. Y otro tanto cabe sostener para el caso de que la sentencia fuera desestimatoria. La sentencia del primer proceso no excluye el segundo y aunque no predetermina el resultado de este último es claro que constituye un antecedente que lo condiciona y despliega sobre él una eficacia prejudicial. En el primer proceso se lleva a cabo un control abstracto del carácter abusivo de las cláusulas atendiendo a pautas estandarizadas y a lo que puede entenderse como un consumidor medio, mientras que en el segundo se trata de un control concreto que debe tener en cuenta, sin olvido de la valoración abstracta del carácter abusivo, las circunstancias concretas que concurren en el caso de que se trate. Vistas así las cosas, no cabe excluir que una cláusula declarada abusiva en el proceso en que se haya ejercitado la acción colectiva, no merezca esa calificación en el enjuiciamiento de la acción individual (atendiendo, por ejemplo, a la información recibida por el consumidor o a la negociación llevada a cabo por las partes) y a la inversa, es decir, que una cláusula que supera el examen abstracto de validez en el primero de los procesos, sea tenida por abusiva en el segundo.

Si esto es lo que se observa en aquellos casos en que el primer proceso (aquel en que se insta la tutela colectiva) ha concluido y el segundo (el que tiene por objeto la tutela individual) está pendiente, de inmediato se suscita la pregunta de cómo proceder cuando en el primero aún no hay sentencia firme y, en concreto, si, por la eficacia prejudicial que esta desplegaría llegado el caso, debe acordarse en el estadio temporal previo la suspensión del que con posterioridad ha iniciado el consumidor ejercitando su acción individual. Las respuestas de los tribunales españoles no fueron uniformes⁴⁴. Y el problema, como consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas, fue abordado por la STJUE de 14 de abril de 2016 (asuntos C-381/14 y C-385/14). La sentencia parte de que las acciones individuales y colectivas tienen objetos y efectos diferentes (apartado 30), como lo es también (apartado 41) la naturaleza del control que en unas y otras se realiza respecto del carácter abusivo de las cláusulas (abstracto en las colectivas

⁴⁴ Como expone CORDÓN MORENO, *Cuestiones procesales prácticas. Respuesta de los tribunales a 333 cuestiones planteadas en el ámbito del proceso civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2016, pgs. 137 y 138, unas acordaron la suspensión por prejudicialidad al entender que la estimación de la segunda demanda quedaba condicionada al resultado del primer proceso; otras rechazaron que existiera prejudicialidad al negar la interferencia entre una y otra acción y no ser el resultado del primer proceso antecedente lógico y necesario para la resolución del segundo; y otras, por último, acogiendo la excepción de litispendencia, sobreseyeron el proceso.

y concreto en las individuales)⁴⁵. Y concluye que no se respeta el principio de efectividad cuando la norma nacional obliga al juez a suspender la acción individual de la que conoce hasta que se resuelva por sentencia firme la acción colectiva: «de ese modo, el consumidor no puede hacer valer de forma individual los derechos reconocidos por la Directiva 93/13 desvinculándose de dicha acción colectiva» (apartado 35). La sentencia censura que el juez nacional no pueda apreciar la pertinencia de la suspensión (apartados 39 y 43); y aunque es cierto que se puede producir una divergencia entre las sentencias que lleguen a dictarse en los respectivos procesos, no lo es menos que condicionar el curso del segundo a que se resuelva el primero puede demorar en exceso la respuesta a la tutela individual demandada por el consumidor y, con ello, la quiebra del principio de efectividad; se entiende así que el TJUE señale que «la necesidad de garantizar la coherencia entre las resoluciones judiciales no puede justificar esa falta de efectividad» (apartado 41).

Para salvar la conformidad de la norma española con el Derecho de la Unión, esa suspensión no tendría que ser automática. Y lo cierto es que no lo es, conforme a lo que dispone el art. 43 LEC, puesto que este establece, para los casos de prejudicialidad civil, que el tribunal «podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones». Ocurre que la interpretación de este precepto que el órgano remitente de la cuestión prejudicial ofreció al tribunal era que la suspensión no es facultativa para el juez, sino obligatoria. Aclarado este extremo, es de señalar que una correcta intelección de la norma procesal española conduce a concluir que es ajustada, en este extremo, a la doctrina comunitaria y que, consiguientemente, esta no exige ningún cambio al respecto.

Cuanto antecede cobra todo su sentido en aquellos casos en que la acción colectiva ejercitada es una acción de cesación. Pero conviene recordar que el ordenamiento español permite también la tutela colectiva de los derechos individuales de los consumidores. Estamos ante dos modalidades de acciones colectivas. En la primera, se tutela el interés común o supraindividual, por tanto, no solo el de quienes han contratado, sino también el de quienes pueden hacerlo. En la segunda, se tutelan los intereses de una pluralidad de individuos (intereses pluriindividuales), es decir, estamos ante una colectivización de las acciones individuales que corresponden a los titulares de

⁴⁵ Esa falta de identidad de objeto lleva implícita la inexistencia de cosa juzgada. Pero la apreciación de prejudicialidad no exige tal identidad, sino que el objeto de un proceso constituya el antecedente lógico y necesario que condiciona la decisión de un segundo litigio.

los derechos, una suerte de acumulación por razón de obedecer el daño que fundamenta la pretensión de reparación, restitución o indemnización a una misma causa⁴⁶. El ejercicio de la acción colectiva —*rectius*: colectivizadora— conforme a esta segunda modalidad —a la que podemos denominar acción reparadora— comporta el ejercicio de las acciones individuales y, en consecuencia, la sentencia que se dicte extenderá su eficacia de cosa juzgada sobre todos los afectados (art. 222.3 LEC). Por ello, la ley brinda a los perjudicados la posibilidad de intervenir en el proceso, a través del llamamiento regulado en el art. 15 LEC, para hacer valer en él su derecho o interés individual, pero lo hagan o no, sus derechos o intereses van a quedar decididos en ese proceso. Si intentan formular su pretensión de reparación de manera individual en otro proceso, este no podrá tener lugar por razón de la litispendencia —si el proceso colectivo aún no ha concluido— o por razón de la cosa juzgada —si ha terminado con sentencia firme—. La LEC no establece ningún mecanismo de autoexclusión voluntaria (*opt out*) del consumidor que le permita desvincularse de la suerte que corra la acción colectiva ejercitada⁴⁷. Y es en este contexto en el que debe entenderse el reproche efectuado por la STJUE de 14 de abril de 2016, aunque quede un tanto confuso⁴⁸: debe existir para el consumidor la posibilidad de desligarse del proceso colectivo y ejercitar la acción individual, bien entendido que esta desvinculación debe quedar referida al ejercicio de la acción colectiva de reparación, no así al de la acción colectiva de cesación en el que tanto la intervención como la desvinculación carecen de sentido.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ARMENGOT VILAPLANA, A., «Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre prueba en materia de propiedad intelectual e industrial», en *La Ley*, núm. 6819, 13-11-2007.

ARMENGOT VILAPLANA, A., «La doctrina del TJUE sobre las cláusulas abusivas y la reforma del proceso monitorio por la Ley 42/2015», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN y SIGÜENZA LÓPEZ (directores) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2017, pgs. 139-154.

ARMENTA DEU, T., «Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español», en CARBONELL PORRAS (directora) y CABRERA MERCADO (coordinador)

⁴⁶ A este respecto, 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*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, en especial, pgs. 1895 y ss.

⁴⁷ Véase sobre esta cuestión, ARMENTA DEU, T., «Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español», en CARBONELL PORRAS (directora) y CABRERA MERCADO (coordinador) *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2014, pgs. 177 y 178.

⁴⁸ La confusión se debe, probablemente, a que en el proceso que dio origen al planteamiento de la cuestión prejudicial se acumularon la acción (colectiva) de cesación y la acción (colectivizadora) de reparación.

Intereses colectivos y legitimación activa, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2014, pgs. 163-185.

ARMENTA DEU, T., «Derivas de la justicia: una reflexión abierta», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pgs. 141-165.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción», en BARONA VILAR (editora), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2016, pgs. 103-117.

BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio», en *La Ley*, núm. 8137, 30-7-2013.

BARONA VILAR, S., «Integración de la mediación en el moderno concepto de *Acces to Justice*. Luces y sombras en Europa», en *InDret* 4/2014.

BONET NAVARRO, Á., «La coherencia de las reformas con el sistema de la LEC», en HERRERO PEREZAGUA (director) *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pgs. 21-56.

CORDÓN MORENO, F., *Cuestiones procesales prácticas. Respuesta de los tribunales a 333 cuestiones planteadas en el ámbito del proceso civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2016.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005.

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 transposición al ordenamiento español», en *Revista General de Derecho Procesal* 41, 2017.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Exige el Derecho de la Unión europea la revisión de las sentencias firmes dictadas al amparo de la doctrina jurisprudencial en materia de cláusulas suelo establecida con anterioridad a la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016?», en *La Ley (mercantil)* núm. 35, 1-4-2017.

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», en *La Ley (mercantil)* núm. 38, 1-7-2017.

HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», en *Revista Aranzadi Doctrinal* 4/2012.

HERRERO PEREZAGUA, J.F., «El juez y la mediación», en BONET NAVARRO (director) *Proceso civil y mediación*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pgs. 31-75.

HERRERO PEREZAGUA, J.F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor», en ESPEJO LERDO DE TEJADA y MURGA FERNÁNDEZ (directores), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2016, pgs. 303-344.

LAFUENTE TORRALBA, A., «Los obstáculos para el examen de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente», en *Revista de Derecho Civil* núm. 2, abril-junio 2015, pgs. 181-205.

LAFUENTE TORRALBA, A., «Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo: problemas de cosa juzgada ante un posible pronunciamiento del TJUE favorable a la retroactividad plena de la declaración de nulidad», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN y SIGÜENZA LÓPEZ (directores) *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2017, pgs. 289-307.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Las nuevas diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual y propiedad industrial: el denominado “derecho de información” y la exhibición de documentos comerciales», en *La Ley*, núm. 6429, 24-2-2006.

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*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pgs. 1883-1913.

PÉREZ MARTELL, R. y VILALTA, A. E., «La mediación civil y mercantil en España: algunas consideraciones a la luz de la nueva Ley 5/2012, de Mediación», en *Revista General de Derecho Procesal* 28, 2012.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., *La revisión de sentencias firmes en el proceso civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

VILLAR FUENTES, I. M., *Las diligencias preliminares de los procesos de propiedad industrial y competencia desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.