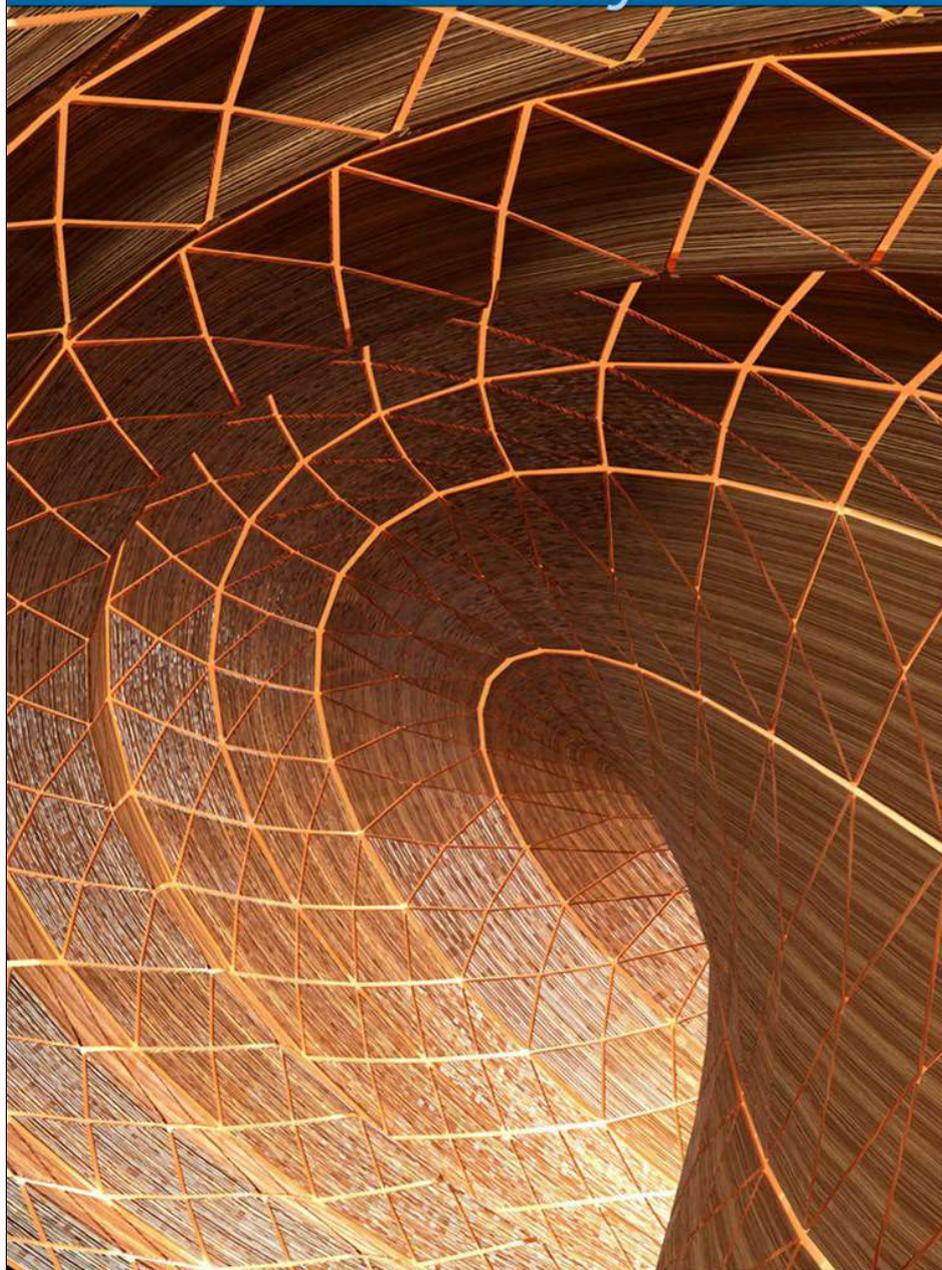


diariolaley

www.diariolaley.es



02 Octubre
2017

9052



 Wolters Kluwer

Redacción

Directora de Publicaciones: Marta Tovar Torres (marta.tovar@wolterskluwer.com)

Gerente de Publicaciones: Fernando Cameo Bel (fernando.cameo@wolterskluwer.com)

Jefe de Publicaciones edición diaria: Mercedes Rey García (mercedes.rey@wolterskluwer.com)

Coordinadora edición diaria: Isabel Desviat Manzanares (isabel.desviat@wolterskluwer.com)

Jefe de Publicaciones Ciberderecho y Legal Management: Carlos Fernández Hernández (carlos.fernandez@wolterskluwer.com)

Coordinadora LA LEY Unión Europea: Patricia Esteban López (patricia.esteban@wolterskluwer.com)

Análisis de la Documentación: Wolters Kluwer España, S.A.

e-mail Redacción: ES-diariolaley@wolterskluwer.com

e-mail Publicidad: publicidad@wolterskluwer.es

Edición electrónica: <http://www.wolterskluwer.es>

Diseño y Preimpresión: Wolters Kluwer España, S.A.

ISSN Electrónico: 1989-6913

© Wolters Kluwer España, S.A.

Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial:

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte

de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>



Wolters Kluwer



Especial probática y derecho probatorio

Revista cuatrimestral de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio. Dirigida a juristas y otros colaboradores de la Justicia interesados en la semiótica, en como probar los hechos y en el Derecho probatorio.

Consejo de redacción

- Prof. Dr. Xavier Abel Lluch
- Prof. Dr. Frederic Munné Catarina
- Prof. Dr. Lluís Muñoz Sabaté
- Prof. Dr. Manuel Richard González
- Prof. Dr. David Velázquez Vioque

Director

- Frederic Munné Catarina, Abogado y doctor en Derecho.

Subdirector

- Manuel Richard González, Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA.

Colaboradores en éste número:

- Juan Antonio Andino López
- Pablo Ferrándiz Avendaño
- Eva Giralt Padilla
- Manuel Richard González
- Juan Manuel Sánchez Freyre

Sumario

TRIBUNA

- «*Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo art. 283 bis LEC)*», por **PABLO FERRÁNDIZ AVENDAÑO**, Abogado. Economista.

PRACTICA FORENSE

- «*El peritaje social privado*», por **EVA GIRALT PADILLA**, Trabajadora social, perito y mediadora familiar y de empresa, Miembro de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses.

DOSSIER DE LOS TRIBUNALES SOBRE PROBÁTICA

- «*Testimonio infantil y probática*», por **JUAN ANTONIO ANDINO LÓPEZ**, Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universitat Internacional de Catalunya.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO PROBATORIO

- «*Reflexiones en torno a la naturaleza y características de la prueba pericial a partir del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia*», por **MANUEL RICHARD GONZÁLEZ**, Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio.

PREGUNTAS CON RESPUESTA: LA PRUEBA A CONSULTA

- «*La prueba de oficio y defensa de los consumidores: ¿Quiebra del derecho a un juez imparcial?*», por **JUAN MANUEL SÁNCHEZ FREYRE**, Licenciado en Derecho y en Antropología Social y Cultural. Juez sustituto.

TRIBUNA



Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia

(El nuevo artículo 283 bis LEC)

Pablo FERRÁNDIZ

Abogado. Economista

Resumen

El autor realiza un análisis de la reforma, tanto de su finalidad, como de su contenido y antecedentes, que introduce en la LEC, por la vía del nuevo art. 283 bis, el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. Con dicha reforma, cuya ubicación sistemática para el autor merece la crítica más enérgica, puede decirse que penetra en nuestro ordenamiento una las figuras más características del derecho procesal de los países del Common Law: el Discovery of documents, cuyo uso, si bien, queda circunscrito por el momento y a la espera de la convalidación del Real Decreto-ley en una Ley aprobada por el Parlamento, a los procedimientos de reclamación de daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia.

I. Introducción y antecedentes

Aunque la actividad preparatoria del litigio —como se conoce comúnmente a las actuaciones cuya

práctica puede solicitar del juez aquel que pretende demandar a otro (1) — tiene su origen en instituciones del Derecho romano clásico (2) y existe, en los planos comunitario e internacional, una decidida aproximación hacia el llamado procedimiento *pretrial discovery of documents* conocido en los países del *Common Law* (3) , la orden de exhibición de pruebas en los procedimientos de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia era un instituto hasta hoy desconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

Puede decirse que con la reforma que se ha introducido por *Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores* («Real Decreto-ley») se ha venido a colmar ese vacío existente en punto a la actividad preparatoria de los litigios en materia de daños derivados de ilícitos antitrust.

Hay que recordar que el actual art. 256.1-9.º LEC (4) , dentro del Capítulo II del Título I del Libro II, que lleva por rúbrica «De las diligencias preliminares», hace un reenvío a aquellas «diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales», lo que remite a las diligencias previas o de comprobación de hechos que la *Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes* instauró en nuestro ordenamiento (art. 129 y ss.) y cuya aplicación, tanto la derogada *Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas* (art. 40), como, por orden cronológico, las vigentes *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal* (actual art. 36.2) (5) , *Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales* (Disposición final segunda), *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas* (Disposición adicional primera; redacción originaria) y *Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial* (Disposición adicional primera; redacción originaria) extendieron a las actuaciones preparatorias de los procedimientos correspondientes a sus respectivos ámbitos de aplicación (6) . Pero en ninguna ley especial (y señaladamente, en la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* y, tras su derogación, en la vigente *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*) se preveían diligencias preliminares para litigios de reclamación de daños en materia de infracciones de defensa de la competencia (7) .

Hasta el Reglamento CE 1/2003, el ejercicio de las acciones de resarcimiento debía ir precedido de la resolución

De hecho, hasta el *Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE* —en cuyo cumplimiento se aprobó la *Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, que atribuyó a los juzgados de lo mercantil la competencia para conocer de los litigios en que se apliquen los actuales arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»; preceptos sustancialmente idénticos a los antiguos arts. 81 y 82 del Tratado CE)—, el ejercicio de las acciones de resarcimiento de los daños derivados de la comisión de prácticas restrictivas de la competencia (8) , debía ir precedido de la preceptiva resolución firme de la autoridad de la competencia declarándolas prohibidas (por todas, STS de 30 de diciembre de 1993 y STS 4 de noviembre de 1999).

n firme de la autoridad declarándolas prohibidas

Por consiguiente, no era posible entablar directamente acciones de daños ante el orden jurisdiccional civil sin mediar previamente resolución administrativa firme. Ésta constituía, pues, un requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones de daños ante los órganos de la jurisdicción civil. Y, en consecuencia, éstos se declaraban faltos de competencia para conocer del ejercicio de acciones *stand alone* (o requiriendo del tribunal la declaración de la existencia de una infracción y subsiguiente condena a los daños causados) y

únicamente aceptaban conocer acciones *follow on* (acciones de daños consecutivas a una resolución administrativa firme declarando la existencia del acuerdo colusorio o del abuso de posición de dominio).

Con todo, y aún admitida la posibilidad de entablar eficazmente ambos tipos de acciones ante la jurisdicción civil (9), la falta de diligencias preliminares específicas para preparar la reclamación de daños derivados de prácticas restrictivas obligaba a confiar el éxito de las acciones, al momento de acordarse el recibimiento a prueba (10). Medidas comunes de obtención de pruebas como las previstas en el art. 328 LEC («Deber de exhibición documental entre las partes») o en el art. 330.1 de la LEC («Exhibición de documentos por terceros» o personas que no sean parte en el procedimiento judicial en el que se solicite la exhibición de documentos y cuyo conocimiento entienda el Tribunal que resulte «trascendente a los fines de dictar sentencia») se revelaban especialmente idóneas a tales efectos. Incluso el art. 732.II LEC, que permite recabar «informes... [o] investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud» de medidas cautelares, podía resultar de utilidad. Con todo, y teniendo en cuenta la «frecuente inaccesibilidad y ocultación de pruebas cruciales por parte de los demandados» (11), dichos mecanismos se presentaban insuficientes.

De esta manera ha sido preciso esperar a la actividad legislativa procedente de las instituciones de la Unión Europea y que culminó con la *Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea* («Directiva 2014/104/UE») (12), para poner fin a la situación de desamparo en que se encontraban los particulares perjudicados por infracciones de normas de la competencia, en lo que respecta a la actividad preparatoria de sus demandas promoviendo litigios en reclamación de los daños producidos (13). Y por otro lado para modernizar los criterios para probar y cuantificar los daños y perjuicios inspirándose en gran medida en alguno de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (14).

El proceso de transposición de la Directiva 2014/104/UE (cuyo Cap. II «Exhibición de las Pruebas», integrado por los art. 5 a 8, es el que aquí nos interesa) ha sido el siguiente:

1.- Por Orden del Ministerio de Justicia de 16 de febrero de 2015, se constituyó en el seno de la Comisión General de Codificación una Sección Especial para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE, compuesta por un presidente (15), cuatro vocales (16), un secretario (17) y un funcionario representante del Ministerio de Economía y Competitividad.

La Sección Especial presentó su Propuesta de anteproyecto de Ley («PAL») para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE, al Ministerio de Justicia, compuesta, en lo que afectaba a la LEC, por una «Sección 1.ª bis» dividida en tres Subsecciones, a saber: (i) una «Subsección 1.ª. Disposiciones generales»: Art. 283 bis a) - Art. 283 bis n); (ii) una «Subsección 2.ª. Medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para la tutela de los derechos de propiedad intelectual

e industrial»: Art. 283 ter a) - Art. 283 ter f); y (iii) una «Subsección 3.^a. Medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia»: Art. 283 quater a) al Art. 283 bis quater e).

2.- El 26 de mayo de 2017, el Gobierno de la Nación promulgó el Real Decreto-ley, que se publicó en el BOE del día siguiente, 27 de mayo 2017, fecha de su entrada en vigor (Disp. Final quinta); publicándose en el BOE de 8 de junio de 2017 una corrección de errores (si bien mínima en lo que respecta al nuevo art 283 bis LEC al advertirse un error en su Exposición de Motivos al mencionar el artículo por el que éste se introduce en la LEC).

Estructuralmente, el Real Decreto-ley ha pasado de una «Sección 1.^a bis» en la PAL, integrada por una «Subsección 1.^a», una «Subsección 2.^a» y una «Subsección 3.^a», a una «Sección 1.^a bis» carente de subsecciones y que comprende prácticamente toda lo que era la «Subsección 3.^a» de la «Sección 1.^a bis» de la PAL y la mayor parte de artículos de su «Subsección 1», pero que prescinde de la «Subsección 2.^a», que, por otra parte, no contenía más que las «Diligencias preliminares» previstas en el art. 256.1, 7.^o a 11.^o, LEC; preceptos que la PAL derogaba para trasladar su contenido al nuevo art. 283 bis (*vid.* Disposición derogatoria única, ap. 2, PAL).

En particular, el Real Decreto-ley prescinde de los siguientes artículos de la «Sección 1.^a bis» de la PAL: (i) De la «Subsección 1.^a. Disposiciones generales», el Real Decreto-ley depone los Art. 283 bis a), b), c), d), g) y h) de la PAL; (ii) De la «Subsección 2.^a. Medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial» desecha absolutamente todos sus artículos [Art. 283 ter a) - f) de la PAL].; y (iii) De la «Subsección 3.^a. Medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia» abandona el Art. 283 quater a) de la PAL. El contraste con ésta (13 de sus artículos se han quedado en el tintero), es asombroso.

Particularmente significativo es el abandono del alcance general de la reforma, tal como se proyectaba. Entre otras cosas, la PAL proponía que las actuales «Diligencias preliminares» (art. 256 y ss.) pasaran a ser «medidas específicas de acceso a las fuentes de prueba», entre otras posibles, al servicio del justiciable en cualquier clase de procedimiento civil. Como se ha dicho, la PAL (Disp. Derogatoria única) derogaba los art. 256 a 263 LEC («De las diligencias preliminares») para que un nuevo Art. 283 bis g), bajo la rúbrica de «*Medidas específicas de acceso a fuentes de prueba*»: en su ap. 1, listase las diligencias previstas actualmente en el art, 256.1, 1.^o a 6.^o, LEC, dejando claro que aquéllas dejaban de ser un *numerus clausus* («[p]odrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas de acceso a fuentes de prueba...» se decía [énfasis añadido]) (18) ; y, en su ap. 2, agrupase las diligencias previstas en el art, 256.1, 7.^o a 11.^o, LEC, del modo siguiente: «También podrán acordarse medidas de acceso a fuentes de prueba en procesos para la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, en los términos establecidos en la Subsección 2.^a y en procesos en ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia, en los términos establecidos en la Subsección 3.^a».

Por último, la Exposición de Motivos justifica la utilización de un Real Decreto-ley como instrumento de transposición de la Directiva 2014/104/UE —junto a otras cinco en los ámbitos financiero, sanitario y laboral— en la «extraordinaria y urgente necesidad de transponer las distintas directivas en cada uno de los supuestos recogidos en el presente Real Decreto-ley», para «evitar la imposición de sanciones económicas a España» como consecuencia de la existencia de «procedimientos de infracción abiertos» («procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España» por falta de transposición de aquellas directivas), lo que habría causado la «prolongación

de la situación de Gobierno en funciones [a lo largo del año 2016]» (19) . En efecto, el plazo de transposición de la Directiva 2014/104/UE, única que aquí nos interesa, había finalizado el 27 de diciembre de 2016 y ello había motivado el inicio de un procedimiento de infracción (20) .

Con esta reforma la UE apuesta por que las acciones de resarcimiento en litigios entre particulares, cuenten con un expediente que poco tiene que envidiar al Discovery

Puede decirse, en conclusión, que con esta reforma en el ámbito procesal civil la Unión Europea apuesta decididamente porque las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios producidos por infracciones de las normas de defensa de la competencia, en litigios entre particulares, cuenten con un expediente que poco tiene que envidiar al mencionado Discovery. La finalidad de la Directiva 2014/104/UE, en este sentido, sería un acercamiento a dicha institución, ante el indudable atractivo que presenta en los litigios transfronterizos en el ámbito de defensa de competencia, en comparación con los procedimientos de obtención de pruebas —previos al inicio del proceso— que la legislación procesal de la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea ofrece a los particulares y el consiguiente riesgo de que, ante la existencia de una multitud de reglas de atribución de competencia (21) , las partes busquen en países del *Common Law* un foro más favorable a la obtención de información para acreditar y cuantificar los daños producidos («*forum shopping*») (22) .

No hay que olvidar que «[l]as acciones por daños ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia de la Unión o nacional [cuyo número la experiencia ha demostrado ser reducido en el ámbito de la Unión Europea, concentrándose, además, en tres jurisdicciones: Reino Unido, Alemania y Países Bajos (23)] suelen exigir un análisis fáctico y económico complejo» (24) , cuando, para mayor escarnio, «[l]as pruebas que se necesitan para acreditar una reclamación de daños y perjuicios suelen estar exclusivamente en posesión

de la parte contraria o de terceros, y no son conocidas suficientemente por el demandante o no están a su alcance» (25) , sin olvidar que, tratándose de *cross-border actions*, el Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970, y que el Plenipotenciario de España firmó el día 21 de octubre de 1976, y ratificó el 4 de mayo de 1987 (26) contiene la siguiente reserva: «A tenor del art. 23, España no acepta las comisiones rogatorias derivadas del procedimiento *pre trial discovery of documents* conocido en los países del *Common Law*». Reserva de la que hicieron uso, entre otros esatdos, todos los miembros signatarios de la Unión Europea, a excepción de la actual República Checa.

II. Consideraciones generales y alcance de la reforma

1. El Real Decreto-ley

El Real Decreto-ley dedica su Título II a la transposición de la Directiva 2014/104/UE a nuestro ordenamiento interno. El mismo comprende dos preceptos (art. 3 y 4). El art. 3 del Real Decreto-ley modifica la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* («LDC»). Y el art. 4 hace lo propio respecto de la LEC.

En cuanto a la reforma de la primera de las normativas, el art. 3 del Real Decreto-ley modifica las siguientes disposiciones de la LDC: (i) el art. 64.3.c) en lo relativo a las circunstancias atenuantes para fijar el importe de las sanciones; (ii) el ap. 2 de la disposición adicional 4.^a, que amplía la definición de «cártel» (27) ; (iii) se añade un ap. 3 a la disposición adicional 4.^a, para una serie de

definiciones procedentes de la Directiva 2014/104/UE (art. 2) (28) ; y se añade un nuevo título VI («De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia»), compuesto por los art. 71 a 81.

Podría pensarse que la modificación de la LDC es en el plano de sustantivo y que la de la LEC lo es en el plano procesal, sino fuera porque en aquélla se introducen dos artículos de una trascendencia procesal innegable. Me refiero a los apartados 1 y 2 del art. 75 («Efecto de las resoluciones de las autoridades de la competencia o de los tribunales competentes»).

El art. 75.1 LDC establece que «[l]a constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español». Creemos que el carácter «irrefutable» de la infracción declarada en resolución firme engarza necesariamente con el instituto de la cosa juzgada y, en particular, con su llamado efecto negativo (29) . Y siendo así, y en la medida en que aquella resolución firme puede no ser judicial, sino administrativa, como sería la dictada por la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, convendría una modificación del art. 222.1 LEC, que sustituya la expresión «sentencias firmes», por «resoluciones firmes» (30) . Lo mismo hay que decir del art. 75.2 LDC, según el cual, «se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro, y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario». Podría discutirse si estamos en el terreno ahora del efecto positivo de la cosa juzgada derivada de lo resuelto en resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro. Nosotros creemos que una presunción legal de infracción, sobre la base de un hecho presunto como el descrito (su declaración en resolución administrativa o judicial firme proveniente de otro Estado de la Unión), salvo prueba en contrario (art. 385.2 LEC), es una suerte de vinculación de la cosa resuelta para el tribunal nacional que, con posterioridad, conozca de la acción consecutiva. Por consiguiente, debería modificarse, el art. 222.4 LEC en el sentido antes apuntado de cambiar la expresión «sentencia firme» por «resolución firme».

En cuanto a la reforma de la LEC, art. 4 del Real Decreto-ley añade la Sección 1 bis al Capítulo V («De la prueba: disposiciones generales») del Título I («De las disposiciones comunes a los procesos declarativos») del Libro II («De los procesos declarativos»), bajo la rúbrica «Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia», introduciendo un nuevo art. 283 bis, que se desgrana en 11 letras [a) a k)] cada una de las cuales constituye un artículo independiente.

2. Su convalidación y tramitación como Proyecto de Ley

Al ser el Real Decreto-ley un conjunto de disposiciones legislativas provisionales del Gobierno, según éste, ante un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, el Congreso de los Diputados ha tenido que acordar su convalidación, así como su tramitación como Proyecto de Ley, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 86.2 CE (31) .

El intitulado *Proyecto de Ley por la que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (procedente del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo)*, se publicó el 30 de junio de 2017 (32) , procediéndose

a su tramitación por el procedimiento de urgencia, de conformidad con el art. 151.4 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, y por tanto, «sin que sean admisibles las enmiendas de totalidad de devolución».

El plazo para la presentación de enmiendas finaliza el 9 de siempre de 2017.

Ello hace que para lo que no dejan de ser unos primeros comentarios a un Real Decreto-ley, susceptible de sufrir severas modificaciones, cobre sentido el recurso retórico a VON KIRCHMANN y a su célebre frase: «Tres palabras *del legislador* bastan para convertir bibliotecas enteras de Derecho en basura de papel» (33) .

III. Objetivo de la reforma

El objetivo de la reforma no es otro que «garantizar la tutela efectiva al Derecho de resarcimiento» (34) y por tanto «la efectividad de las acciones para el resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia» (35) . De este modo, se quiere —tal como dispone el nuevo art. 72 LDC («Derecho al pleno resarcimiento»)— que «[c]ualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, [tenga] derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria».

Antes bien, como se recalca en el Libro Blanco, «[l]os asuntos de competencia se caracterizan por la gran cantidad de elementos factuales de que constan. Muy frecuentemente se ocultan gran parte de las pruebas clave necesarias para acreditar que se trata de un caso de daños ya que, al estar en manos del demandado o de terceros, el demandante generalmente no las conoce con el suficiente detalle» (36) .

Pensemos en mercados tales como hidrocarburos, electricidad, energía, aeropuertos, ferrocarriles, juego, servicios postales, telecomunicaciones, etc., y en la gran cantidad de departamentos, profesionales y asesores, en definitiva, burocracia consustancial a la estructura organizativa que rodea a las grandes empresas que operan en tales mercados y frente a la cual determinados *stakeholders* y grupos de interés (clientes, proveedores, consumidores) están situados en una clara posición de desventaja («asimetría de la información» (37)) para acreditar posibles infracciones y cuantificar los consiguientes daños.

Pues bien, con las medidas de acceso a las fuentes de prueba que con la reformase introducen en la LEC —dice el Real Decreto-ley (38) — «se permite que los justiciables en el campo del Derecho de la competencia tengan conocimiento de los elementos que les servirán para tratar de formar la convicción judicial conforme a las reglas ordinarias en materia de proposición y práctica de la prueba»

IV. El nuevo artículo 283 bis LEC

1. Ubicación y estructura del precepto

Creemos que la ubicación es ciertamente criticable, por dos motivos, principalmente.

Como primer motivo, porque la incorporación a renglón seguido de un artículo como el 283 que versa sobre la «impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria» no parece, si atendemos a lo

que un «bis» significa (39) , muy afortunado; y menos tratándose de una herramienta dirigida a la obtención de pruebas que, como decía la PAL [art. 283 bis c), ap. 1-a), LEC] han de ser «necesarias para la ulterior proposición de medios de prueba pertinentes y útiles en el proceso pendiente que se vaya a incoar», en referencia al futuro procedimiento de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia.

El segundo motivo, probablemente más sangrante, es que el nuevo art. 283 bis LEC aparece ubicado dentro del Capítulo V («De la prueba: disposiciones generales») del Título I («De las disposiciones comunes a los procesos declarativos») del Libro II («De los procesos declarativos»), cuando la opción del Gobierno expresada en el Real Decreto-ley ha sido que las medidas de acceso a fuentes de prueba no sean de aplicación a todos los procesos declarativos (como sí lo eran en la PAL, luego tenía sentido su ubicación allí dentro del Capítulo V, del Título I, del Libro II); sino a un procedimiento específico, exclusivamente.

El nuevo art. 283 bis LEC se aplica sólo a los procedimientos de reclamación de daños causados por infracciones del Derecho de la competencia

En efecto, el nuevo art. 283 bis LEC se aplica sólo a los referidos procedimientos de reclamación de daños causados por infracciones del Derecho de la competencia (afecten o no al comercio entre los estados miembros de la Unión y, por tanto, entren o no en el ámbito de aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE). Es decir, a procesos en los que se ejercite una «acción de daños», entendiéndose ésta como «toda acción... mediante la cual una parte presuntamente perjudicada, o una persona en representación de una o varias partes presuntamente perjudicadas cuando el Derecho de la Unión o nacional prevean esta facultad, o una persona física o jurídica que se haya subrogado en los derechos de la parte presuntamente perjudicada, incluida la persona que haya adquirido la acción, presente ante un órgano jurisdiccional nacional una reclamación tendente al resarcimiento de daños y perjuicios» (40) .

Ni siquiera se aplica «a los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afectan al interés público dado que cuentan con un régimen específico en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal» (41) .

Por consiguiente, y al igual que las «Diligencias preliminares» previstas en el art. 256.1, 7.º, 8.º, 10.º y 11.º, LEC, o las llamadas «Diligencias de Comprobación de Hechos» que prevén ciertas leyes especiales (art. 256.1-9.º LEC), que están reservadas a la preparación de procedimientos para la protección de determinados derechos (y no cabría su extensión analógica a otros procedimientos (42)), el nuevo art. 283 bis LEC se aplica sólo a los procedimientos en materia de daños por infracciones de derecho de competencia.

Llegados a este punto, pensamos que hubiera sido mejor encajar la reforma en la LEC por la vía de un art. bis pero al Art. 328 («Deber de exhibición documental entre partes») o, incluso, al art. 256 («Diligencias preliminares»), a favor de lo cual abogaríamos el hecho de que la PAL derogaba ambos preceptos (prueba de que estaríamos ante un híbrido, con sus marcadas particularidades, entre ambas instituciones procesales). O, acaso, introducirla como sección 4.ª bis dentro del Capítulo V del Título I del Libro II («De los procesos declarativos»), como art. 298 bis, a continuación de la sección 4 relativa a la anticipación y aseguramiento de prueba, con las que cabría apreciar una cierta, aunque no absoluta, identidad de razón.

2. Naturaleza jurídica da la orden de exhibición de pruebas

Sobre la naturaleza jurídica de la orden de exhibición de prueba puede decirse que navegaría entre dos aguas. Como quedaba claramente expuesto en la PAL: «al incorporar las normas de la Directiva referidas a facilitar el acceso a las fuentes de prueba que estén en poder de la otra parte o de un tercero se ha puesto de manifiesto cómo la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene una regulación plenamente coherente en esta materia y compatible con las exigencias del Derecho europeo. Al contrario, conviven en ella, de un lado, las normas sobre diligencias preliminares, con un contenido en buena parte fruto de acarreos históricos y, de otro lado, las normas sobre exhibición de documentos, todas ellas con una eficacia a menudo frustrante en la práctica... Por eso, se ha optado por incorporar en la Ley de Enjuiciamiento Civil una regulación novedosa en materia de acceso a las fuentes de prueba, aplicable de forma general...» (43) .

Antes bien, el hecho de que, según ha dicho jurisprudencia, no quepa utilizar las diligencias preliminares con una finalidad probatoria, aleja hasta cierto punto las medidas de acceso a fuentes de pruebas de la finalidad aclaratoria de datos o información a que aquéllas (las diligencias preliminares) sirven para que el futuro pleito pueda tener fuste (44) . Ciertamente que algunas de las diligencias preliminares previstas para la protección específica de determinados derechos de exclusiva en el art. 256 LEC, parece que persigan más una finalidad probatoria que aclaratoria de información estrictamente indispensable para promover una disputa judicial (en cierto modo las diligencias previstas en el art. 256.1-7.º, letra b, pero sobre todo las del art. 256.1-8.º LEC, lo que desdibujaría uno de los elementos característicos de las diligencias preliminares. Pero creemos que lo que más aparta a la orden de exhibición de pruebas del elenco de diligencias preliminares sería —además de la celebración de una vista, que tratándose de diligencias preliminares no se produce, en su caso, hasta después de que el juez haya acordado su práctica; *vid.* art. 283 bis f)-1 LEC y *cfr.* art. 258.1 y 260.1 LEC— la posibilidad de que quepa solicitarlas, además de «antes de la incoación del proceso», «en la demanda o durante la pendencia del proceso» [ap. 1 del art. 283 bis e) LEC].

De aquí precisamente la similitud que, según anunciábamos, se advertiría entre las medidas de acceso a fuentes de pruebas y la anticipación y aseguramiento de prueba que la LEC regula en los art. 293 a 296 y en los art. 297 y 298, respectivamente (45) .

3. Concepto de fuentes de prueba. Su diferenciación con el de medios de prueba

Si atendemos a lo que dice el Real Decreto-ley (46) «fuente de prueba» es «todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno». Y según la Directiva 2014/104/UE (47) , «pruebas» son «todos los tipos de medios de prueba admisibles ante el órgano jurisdiccional nacional que conozca de un asunto, especialmente los documentos y todos los demás objetos que contengan información, independientemente del soporte en que la información esté contenida».

En particular, el ap. 2 del art. 283 bis g) LEC deja patente que la medida puede consistir, entre otras cosas, en el «examen de documentos y títulos»; desprendiéndose del art. 283 bis e), ap. 2, letra b), LEC que, además, puede referirse a «todo tipo de documentos, actas, testimonio y objetos».

Antes bien, el art. 283 bis a) exige que sean pruebas que la otra parte o el tercero de quien se interese su exhibición las «tenga en su poder», lo que da pie a entender que las pruebas han de existir y, además, han de estar incorporadas a alguna clase de soporte —sea este físico (soporte papel o analógico) o digital— que permita su posesión y consiguiente exhibición o puesta a

disposición. Encajaría, por lo tanto, como objeto de una medida de obtención de fuentes de prueba: (i) cualquier prueba documental; pero también (ii) cualquier prueba testimonial, pericial o declaración de parte (entiéndase la grabación, el testimonio, el informe o acta en que la prueba esté documentada o registrada, o el archivo informático correspondiente); e incluso (iii) el reconocimiento judicial que se hubiese practicado por otro juzgado o tribunal (el acta del mismo, art. 358 LEC), que se halle en poder de la otra parte o de una tercera persona, entidad o autoridad.

Más dudas plantea que pueda ser objeto de una medida de obtención de fuentes de prueba la declaración bajo juramento o promesa de decir verdad de la otra parte o del tercero de que se trate, ante el juez que esté conociendo de la petición de exhibición, o, en mayor medida, la prueba de inspección ocular por parte de dicho juez. Y no sólo, caso de esto último, porque difícilmente el juez que ha de dirimir sobre la petición podría ser considerado un tercero, sino porque hasta que dichas pruebas no se practicasen, en rigor, no existirían como tales. Por consiguiente, el concepto de «fuente de prueba» («todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno») debe ser matizado en el sentido expuesto de que han de ser medios de prueba que estén en poder de la otra parte o de un tercero, lo que presupone, como se ha dicho, no sólo su preexistencia (48) , sino su materialización en un soporte u objeto susceptible de ser poseído. Por consiguiente, «fuentes de prueba» serían cualesquiera «medios de prueba» que ya se hubiesen practicado y por tanto los instrumentos resultantes u obtenidos de esa práctica probatoria previa, entendiéndose práctica probatoria en un sentido impropio y no circunscrito al ámbito judicial.

4. Posibles medidas de acceso a fuentes de prueba según la persona o entidad de quien se interesen

En función de quien sea el destinatario de la orden de exhibición de pruebas cabría diferenciar entre solicitudes cursadas frente a la otra parte (que puede ser la demandada, pero también la demandante (49)) y peticiones que se dirijan frente a un tercero que puede ser cualquier persona física o jurídica, pero también «las autoridades públicas» (Directiva 2014/104/UE; Considerando 15); y por lo tanto, cualquier autoridad administrativa e incluso judicial; aplicándose el Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, cuando el auxilio sea entre órganos judiciales de distintos Estados miembro (Directiva 2014/104/UE; Considerando 17).

El Real Decreto-ley se refiere expresamente así al «acceso a fuentes de prueba que se encuentren en poder de las *administraciones públicas y entidades de derecho público* previendo, para este último caso, la imposibilidad de acceso a documentación o material de carácter reservado o secreto» [énfasis añadido] (50) . Y, específicamente, al acceso a fuentes de prueba contenidas «en un expediente de una autoridad de competencia» [Art. 283 bis i) LEC].

5. Exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia

A) Introducción

En el art. 283 bis i), LEC se quiere reglamentar el acceso a fuentes de prueba contenidas en un expediente de una autoridad de competencia [Art. 283 bis i) LEC], con una fórmula que trata de componer las diferencias en liza.

Por un lado, el derecho que tiene todo ciudadano de acceder a determinados documentos que obran en expedientes de instituciones públicas y por el otro, el interés público o privado en limitar dicho acceso y mantener la confidencialidad de los documentos de que se trate. En palabras de la Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 7 de julio de 2015 (51) , analizando «pros» y «cons» del acceso a determinados documentos de clemencia:

«34. Este régimen de excepciones se fundamenta en la ponderación de los intereses en juego en una situación determinada, a saber, los intereses que se verían favorecidos por la divulgación de los documentos de que se trate, por una parte, y aquellos otros que resultarían amenazados por esa divulgación, por otra (sentencias de 14 de noviembre de 2013, LPN y Finlandia/Comisión, C-514/11 P y C-605/11 P, Rec, EU:C:2013:738, apartado 42, y Comisión/EnBW, citada en el apartado 12 supra, EU:C:2014:112, apartado 63).

35. Dado que las excepciones previstas invalidan el principio del mayor acceso posible del público a los documentos de las instituciones de la Unión, deben interpretarse y aplicarse en sentido estricto (sentencias de 17 de octubre de 2013, Consejo/Access Info Europe, C-280/11 P, Rec, EU:C:2013:671, apartado 30, y de 3 de julio de 2014, Consejo/in't Veld, C-350/12 P, Rec, EU:C:2014:2039, apartado 48).

36. Por consiguiente, para justificar la denegación de acceso a un documento cuya divulgación se ha solicitado, no basta, en principio, que dicho documento esté incluido en el ámbito de una actividad mencionada en el art. 4, apartado 2, del Reglamento n.º 1049/2001. También corresponde, en principio, a la institución destinataria de la solicitud, explicar las razones por las que el acceso a dicho documento puede menoscabar concreta y efectivamente el interés protegido por una excepción o las excepciones que invoque (sentencias de 1 de julio de 2008, Suecia y Turco/Consejo, C-39/05 P y C-52/05 P, Rec, EU:C:2008:374, apartado 49, y Commission/EnBW, citada en el apartado 12 supra, EU:C:2014:112, apartado 64). Además, el riesgo de menoscabar dicho interés debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético (sentencias Suecia y Turco/Consejo, antes citada, apartado 43, y Consejo/Access Info Europe, citada en el apartado 35 supra, EU:C:2013:671, apartado 31)»

B) Juicio de proporcionalidad

Al evaluar la proporcionalidad de una orden de exhibición de información contenida en un expediente de una autoridad de la competencia, el tribunal, además de lo exigido en el art. 283 bis a) LEC, debe examinar los siguientes requisitos:

(i) El requisito de *concreción*, esto es, si la solicitud ha sido formulada específicamente con arreglo a la naturaleza, el objeto o el contenido de los documentos presentados a una autoridad de la competencia o conservados en los archivos de dicha autoridad, en lugar de mediante una solicitud no específica relativa a documentos facilitados a una autoridad de la competencia. Y ello por cuanto se entiende que «no es necesario que todos los documentos relativos a un procedimiento basado en los arts. 101 o 102 del TFUE se den a conocer al demandante por la mera razón de que este tenga intención de ejercer una acción por daños, ya que es muy poco probable que dicha acción deba basarse en todas las pruebas que aparezcan en el expediente relativo a dicho procedimiento» (Directiva 2014/104/UE; Considerando 22);

(ii) El requisito de *motivación*, esto es, si la parte que solicita la exhibición lo hace en relación

con una acción por daños ante un órgano jurisdiccional nacional, o es para otra finalidad distinta, en cuyo caso la solicitud debería desecharse;

(iii) En su caso, la *necesidad de preservar la aplicación eficaz pública del Derecho de la competencia* (Directiva 2014/104/UE; Considerando 24), lo que impide, por ejemplo, que pueda ordenarse la exhibición de pruebas contenidas en el expediente de una autoridad de la competencia, antes de que la «autoridad de la competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución o de otro modo» [art. 286 bis i), ap. 5, LEC]. Lo que se justifica como sigue: «[d]ebe realizarse una excepción por lo que se refiere a aquellas exhibiciones que, de ordenarse, interferirían indebidamente con una investigación en curso efectuada por una autoridad de la competencia en relación con una infracción del Derecho de la competencia de la Unión o nacional. La información que haya sido preparada por una autoridad de la competencia en el curso de su procedimiento de aplicación del Derecho de la competencia de la Unión o nacional y remitida a las partes en dicho procedimiento (como, por ejemplo, un pliego de cargos) o preparada por una de sus partes (tales como las respuestas a los requerimientos de información de la autoridad de la competencia o las declaraciones de testigos), solo debe poder ser divulgada en los procesos por daños y perjuicios una vez que la autoridad de la competencia haya cerrado su propio procedimiento, por ejemplo mediante la adopción de una resolución en virtud del art. 5 o del capítulo III del Reglamento (CE) nº 1/2003, a excepción de las resoluciones sobre medidas cautelares» (Directiva 2014/104/UE; Considerando 25); y

(iv) La *indisponibilidad de las fuentes de prueba*: Se dice así, que «el tribunal no requerirá a las autoridades de la competencia la exhibición de pruebas contenidas en los expedientes de estas, salvo que ninguna parte o ningún tercero sea capaz, en una medida razonable, de aportar dichas pruebas» [art. 283 bis i), ap. 10, LEC].

C) Numerus clausus

En el expediente de una autoridad de la competencia existe multitud de información; a saber, por ejemplo: (i) «Los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades» que haya practicado, una vez incoado el expediente, el Director de investigación (art. 50.1 LDC); (ii) cualquier «elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial, en los términos previstos en la normativa comunitaria», que la CNMC haya intercambiado con la Comisión Europea o con las Autoridades Nacionales de Competencia para ser utilizado como medio de prueba (art. 18 LDC); (y, en definitiva, iii) «toda clase de datos e informaciones de que disponga [una persona física o jurídica o los órganos y organismos de cualquier Administración Pública... que hayan proporcionado, a requerimiento de la CNMC]... para el desarrollo de las funciones de dicha Comisión» (art. 28.1 LCNMC).

Pues bien, el art. 283 bis i), ap. 5, LEC dispone que el Juez de lo mercantil que conozca de una solicitud de obtención de información contenida en un expediente de una autoridad de la competencia, que haya concluido, por las razones ya apuntadas, pueda acordar la exhibición de la siguiente información: (i) la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia; (ii) la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento, y (iii) las solicitudes de transacción que se hayan retirado.

Aparte de dicha información [lo que el art. 283 bis i), ap. 5, LEC denomina «categorías de prueba»] el art. 283 bis i), ap. 9, LEC permite ordenar en todo momento la exhibición de *pruebas*

que figuren en el expediente de una autoridad de la competencia siempre no se encuadren en ninguna de las categorías enumeradas en el artículo, y que quedan excluidas. *Vid.* art. 28.2 LCNMC.

D) Pruebas excluidas (lista negra)

El órgano jurisdiccional que conozca o vaya a conocer una reclamación de daños y perjuicios no puede en ningún caso ordenar la exhibición de dos tipos de documentos, los cuales «se consideran cruciales para la eficacia de los instrumentos de aplicación pública» (52) : (i) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, y (ii) las solicitudes de transacción.

Estamos por tanto ante supuestos de prohibición absoluta de acceso. En un sentido parecido, *vid.* el art. 15 bis, ap. 1-II, LEC, cuando dispone que: «La aportación de información no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los arts. 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia».

Pero si sólo algunas partes de la prueba solicitada son declaraciones en el marco de un programa de clemencia o solicitudes de transacción, las restantes partes (que no sean declaraciones presentadas por las empresas que solicitan acogerse a su programa de clemencia) sí serán exhibidas, en función de la categoría en la que estén incluidas, con arreglo al art. 283 bis i) LEC.

En la línea, pues, que marcó la Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 7 de julio de 2015, antes citada, que aunque reconocía el indudable valor de los programas de clemencia (*vid.* ap. 118: «los programas de clemencia son instrumentos útiles para descubrir las vulneraciones de las normas sobre competencia y ponerles fin, contribuyendo así a la aplicación efectiva de los arts. 101 TFUE y 102 TFUE»), ponía de relieve que el interés público en la preservación de su efectividad no podía ser considerado prevalente, de manera general y absoluta (*vid.* ap. 122: «[e]n consecuencia, sólo cabe justificar que no se difunda un documento dado aduciendo que podía menoscabar específicamente el interés público relativo a la eficacia del programa de clemencia de que se trate (sentencia Donau Chemie y otros, citada en el apartado 68 supra, EU:C:2013:366, apartado 48; véanse asimismo, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Comisión/EnBW, citado en el apartado 12 supra, EU:C:2013:643, punto 77)»).

El art. 283 bis i), ap. 7, LEC establece que el peticionario pueda presentar una solicitud motivada para que un tribunal acceda a

Como contra excepción, el art. 283 bis i), ap. 7, LEC establece que el peticionario pueda presentar una solicitud motivada para que un tribunal acceda a las pruebas excluidas a que se acaba de hacer referencia, con el único objeto de asegurar que sus contenidos se ajusten a las definiciones de declaración en el marco de un programa de clemencia y solicitud de transacción del apartado tercero de la disposición adicional cuarta LDC; esto es, a los solos fines e verificarlo. Y en dicha evaluación, los tribunales podrán pedir asistencia solamente a las autoridades de la competencia competentes. También se ofrecerá a los autores de las pruebas de que se trate la posibilidad de ser oídos. El órgano jurisdiccional nacional no permitirá en ningún caso el acceso de otras partes o de terceros a esas pruebas.

E) Límites impuestos al uso de pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia

las pruebas excluidas

El art. 283 bis j) LEC Impone una serie de límites al uso de aquellas pruebas que se hayan obtenido exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia, estableciendo lo siguiente: (i) que las pruebas a que se refiere el art. 283 bis) i, ap. 6, LEC, que hayan sido obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia, no sean admisibles en las acciones por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia (salvando las distancias, *vid.* art. 287.1 LEC); (ii) que las pruebas que hayan sido obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia, antes de que la autoridad de la competencia haya dado por concluido el procedimiento con la adopción de una decisión o de otro modo, no sean admisibles en las acciones por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia o bien quedarán protegidas de otro modo con arreglo a las normas aplicables; y (iii) que a fin de mantener la cadena de custodia en el uso de las pruebas que hayan sido obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia, tales pruebas sólo puedan ser utilizadas en una acción por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación. Luego se entiende que si quien presenta esa prueba como demandante es un tercero ajeno, las pruebas aportadas tampoco serán admisibles.

V. El incidente de acceso a las fuentes de prueba al amparo del nuevo artículo 283 bis LEC

1. Juzgado competente para conocer de la solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba

El art. art. 283 bis d) LEC dispone que será competente para conocer de las solicitudes sobre medidas de acceso a fuentes de prueba el tribunal que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal (53) . Esto es, el que sea competente para conocer de una acción de daños por infracción del derecho de la competencia.

Si acudimos a la LDC, cuya Disp. Adicional primera no se ha visto modificada por el Real Decreto-ley, observamos que esta disposición dice —sigue diciendo— que «[d]e acuerdo con lo dispuesto en el art. 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los *arts. 1 y 2* de la presente Ley». No se hace referencia —o no, al menos, de forma explícita— a la competencia para conocer de las acciones de daños derivadas de prácticas colusorias o los abusos de posición de dominio a que se refieren aquellos preceptos.

Hay que recordar que dichas acciones no siempre irán precedidas de acciones tendentes a declarar la existencia de la conducta ilícita dañosa, por ejemplo, cuando el procedimiento verse exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad (acciones *follow on* a que se referirían tanto la LDC [art. 75.1] como el Real Decreto-ley [Disp. adicional primera] y, en cierto modo, también, la LEC [art. 249.1-4.º, para determinar el tipo de juicio declarativo cuya tramitación deba observarse]). Debiéndose recordar también que para atribuir a un órgano judicial la competencia objetiva para conocer un asunto determinado se requiere una disposición legal expresa y a falta de

la misma entraría en juego la *vis atractiva* de los juzgados de primera instancia (art. 45.1 LEC), debiendo inhibirse a su favor los de lo mercantil (art. 46 LEC).

Antes bien, el supuesto vacío respecto de la atribución de la competencia para conocer de las acciones de daños a los Juzgados de lo Mercantil, a la luz de la lectura de la disp. adicional primera LDC, sería sólo aparente.

Efectivamente, el art. 86 ter 2, letra f), LOPJ, al que se remite la Disp. Adicional primera, LDC, atribuye a los Juzgados de lo Mercantil la competencia objetiva para el conocimiento no sólo de los procedimientos de aplicación de los actuales *arts. 101 y 102 TFUE* (lo mismo que dice la LDC [disposición adicional primera] respecto de los procedimientos de aplicación de sus *arts. 1 y 2*), sino también de los procedimientos de aplicación de «su *derecho derivado*» [énfasis añadido], como sería la Directiva 2014/104/UE que se traspone por la vía del Real Decreto-ley en la LEC. Si bien, y como ya se ha dicho, la jurisprudencia del TJUE tiene dicho que el derecho al pleno resarcimiento de los daños deriva del efecto directo de los art. 101 y 102 TFUE (por todos, *Manfredi*, asuntos C-295 a 298/04, cit.). Por lo que cabría entender, incluso, que los procedimientos en que se ejerciten acciones por daños no son sino procedimientos de aplicación de los *arts. 101 y 102 TFUE* (el art. 249.1-4.º LEC apoyaría esta interpretación). Luego habrá que tener en cuenta los art. 15 bis, ap. 1-I y ap. 2, LEC y sobre todo lo dispuesto en los art. 212.3 y 461.5 LEC.

Aclarado lo anterior, será competente territorialmente, como regla general, el juzgado mercantil del domicilio del demandado (art. 50.1 y 51.1 LEC).

El que el domicilio del demandado sea el fuero general para conocer de las medidas de acceso a las fuentes de prueba puede parecer abusivo cuando éstas se dirijan contra terceros y el procedimiento principal aún no se haya iniciado.

Por lo demás, el art. 283 bis d), ap. 2, LEC que regula «declinatoria en las medidas de acceso a fuentes de prueba», reproduce una fórmula calcada a la del art. 257.2 LEC («declinatoria en las diligencias preliminares»).

2. Procedimiento para la adopción de medidas de acceso a fuentes de prueba

A) Solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba

a) Requisitos de la solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba

En nuevo art. 283 bis a) LEC determina, aunque con fórmula mejorable, los requisitos que ha de reunir una solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba en los procedimientos de reclamación de daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia.

- *Motivación razonada*: La solicitud de quien pretenda del tribunal el acceso a fuentes de prueba debe contener una «motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia» [art. 283 bis a), ap. 1-I, LEC]. Esto es, quien pretenda ejercitar una acción por daños deberá demostrar «la verosimilitud, sobre la base de los datos que obren razonablemente en su poder, de los daños que le haya causado el demandado» (Directiva 2014/104/UE; Considerando 16); y, por tanto, aportar «argumentos plausibles para sospechar que resultó perjudicado como consecuencia de una infracción de las normas de competencia por parte del demandado» (Libro Blanco, pág. 5). O como decía el art. 283 bis c), ap. 2, PAL: «un principio de prueba del fundamento de su pretensión o de su defensa» (54) .

La importancia de este requisito queda patente en el art. 283 bis a), ap. 3-a), LEC cuando se dice que uno de los parámetros que el juez tiene a su disposición para valorar la conveniencia de la medida es, precisamente, «que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas» —otros parámetros que el juez debe valorar son «el alcance y el coste de la exhibición» [art. 283 bis a), ap. 3-b), LEC], que podría llegar a ser inusualmente elevado; así como la existencia de «información confidencial... y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial» [art. 283 bis a), ap. 3-c), LEC]—.

Como dice el art. 283 bis a), ap. 1-II, LEC: «Esta solicitud podrá hacer referencia, entre otros, a los siguientes datos: a) La identidad y direcciones de los presuntos infractores. b) Las conductas y prácticas que hubieran sido constitutivas de la presunta infracción. c) La identificación y el volumen de los productos y servicios afectados. d) La identidad y direcciones de los compradores directos e indirectos de los productos y servicios afectados. e) Los precios aplicados sucesivamente a los productos y servicios afectados, desde la primera transmisión hasta la puesta a disposición de los consumidores o usuarios finales. f) La identidad del grupo de afectados».

Antes bien, no se precisa qué motivación razonada debe reunir la solicitud para que sea plausible, si la presenta, no quien se postula como damnificado por una supuesta infracción de normas de defensa de la competencia, sino quien resulte ser demandado y por lo tanto supuesto infractor, como permite el art. 283 bis a), ap. 1-I in fine, LEC («[a] fin de garantizar la igualdad de armas»; Directiva 2014/104/UE; Considerando 15). Algo que el referido art. 283 bis c), ap. 2, PAL pretendía solucionar exigiendo «un principio de prueba del fundamento... de su defensa» [énfasis añadido].

- *Concreción*: Del art. 283 bis a), ap. 2, LEC se deduce que la petición ha de fijar las pruebas cuya exhibición pretenda «lo más limitadas y acotadas como sea posible»; y aunque no es «necesario que [se] especifiquen las piezas [o categorías] concretas de prueba» (Directiva 2014/104/UE; Considerando 15), bastando con que las mismas queden «identificada[s] mediante rasgos comunes de sus elementos constitutivos, como la naturaleza, objeto o contenido de los documentos cuya exhibición se pide, el momento en que hayan sido redactados, u otros criterios, siempre y cuando las pruebas que pertenezcan a esa categoría sean pertinentes» (Directiva 2014/104/UE; Considerando 16), el peticionario cuanto menos deberá «especificar las pruebas o [en su caso] las categorías de pruebas con la mayor precisión y concreción posible» (Directiva 2014/104/UE, Considerando 23; a los meros efectos ilustrativos véase un listado de categorías de pruebas en el art. 283 bis i), ap. 5, LEC); y, por consiguiente, «suficientemente» (Libro Blanco, pág. 5); sin que sea lícito pretender «búsquedas indiscriminadas de información» [vid. art. 283 bis a), ap. 3-b), LEC]; como las llamadas «"expediciones de pesca" [*fishing expeditions*], es decir, la búsqueda no específica, o de excesiva amplitud, de información que probablemente sea de escaso interés para las partes en el procedimiento» (Directiva 2014/104/UE; Considerando 23).

Sin embargo, ya se ha dicho que «[l]os asuntos de competencia se caracterizan por la gran cantidad de elementos factuales de que constan» (Libro Blanco, pág. 5), por lo que dar con el justo equilibrio entre la necesaria concreción de los medios de prueba y la información disponible a su alcance puede ser harto complicado si los demandantes no cuentan con mecanismos o fuentes de averiguación previa. Máxime cuando existen una serie de límites al uso de determinada información, como, por ejemplo, la obtenida exclusivamente a través del acceso a expedientes de las autoridades de competencia [vid. Art. 283 bis j) LEC]. Luego la obtención de dicha información

a través de otros cauces lícitos parece que será fundamental para el éxito de las acciones.

En cualquier caso, lo que se pretende es evitar peticiones de exhibición con una exclusiva finalidad de tanteo, indiscriminadamente o con miras «tan amplias y costosas —se ha dicho— que pudieran ocasionar cargas innecesarias para las partes implicadas y el riesgo de abusos» (Propuesta de Directiva, pág. 16-17); o que, como dispone el art. 283 bis a), ap. 3-a), LEC «no llegue a ser relevante para las partes en el proceso».

Un supuesto de abuso sería la utilización del proceso contra el supuesto infractor como extorsión para alcanzar un acuerdo (55) .

- *Indisponibilidad de las fuentes de prueba*: Se infiere igualmente del art. 283 bis a), ap. 1-I, LEC que el solicitante debe justificar que los medios de prueba que pretende obtener no se encuentran en su poder, sino en poder de la persona de quien se pretenda la exhibición o divulgación —esto es, «que no puede obtenerlas por sí mismo y sin el auxilio judicial» decía el art. 283 bis c), ap. 1-b), PAL—; ha de ser, por consiguiente, demostrando «a satisfacción del tribunal que, de otra manera, no puede presentar las pruebas solicitadas, haciendo todos los esfuerzos razonablemente previsibles» (Libro Blanco, pág. 5).

- *Proporcionalidad de las fuentes de prueba*: A este requisito se refiere el art. 283 bis a), ap. 3, LEC y con él lo que se quiere es que el solicitante «haya demostrado al tribunal que la medida de divulgación prevista es pertinente al caso, necesaria y proporcionada» (Libro Blanco, pág. 5); para lo cual, prosigue aquel precepto, «el tribunal tomará en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados».

Como se sabe el *principio de proporcionalidad*, que es uno de los fundamentos de la Unión Europea; *vid.* art. 5.4 del Tratado de la Unión Europea («TUE»), es un concepto complejo integrado a su vez por tres principios de aplicación sucesiva: (i) *Principio de adecuación (o juicio de idoneidad)* al fin perseguido: Exige que la medida sea idónea para la consecución del fin perseguido, que ha de ser un fin constitucionalmente legítimo (lo es el derecho a la tutela judicial efectiva en los procedimientos de reclamación de daños derivados de prácticas restrictivas de la competencia, que se pretende amparar) y que la medida sea pertinente y útil (*vid.* art. 283 LEC; también art. 257.1 LEC cuando dice que la diligencia preliminar que se pretenda ha de ser «adecuada a la finalidad que el solicitante persigue» y que no es otra que la preparación de un proceso ulterior) (ii) *Principio de intervención mínima (o juicio de necesidad)*: Exige que, entre las distintas medidas adecuadas o idóneas para la realización del fin constitucionalmente legítimo, que se persigue, se elija la menos lesiva para otros derechos o intereses; es decir, «que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia» (STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 10; o SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3). Y (iii) *Principio de proporcionalidad en sentido estricto*: Requiere por último que la eventual lesión de otros derechos e intereses provocada por una medida que sea adecuada y la menos lesiva no se encuentre manifiestamente fuera de proporción en relación a los efectos beneficiosos derivados de la efectiva consecución del fin perseguido; en resumen, que la medida resulte «ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 10; o SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3).

El juego de estos tres principios, en lo que respecta a las medidas de acceso a fuentes de prueba, permitirá llegar a la conclusión de que sólo serán adecuadas aquellas medidas que, estando

dirigidas efectivamente a garantizar la tutela efectiva al Derecho de resarcimiento de los daños sufridos, para lo que se requiere una apariencia de buen derecho de la reclamación, sean (i) pertinentes y útiles para dicha pretensión, (ii) lo menos lesivas posibles para los derechos e intereses de todas las partes y de aquellos frente a quienes se interesen las medidas, y (iii) cuyos efectos negativos, además, no sean manifiestamente desproporcionados en relación con los efectos beneficiosos derivados de la consecución de aquel fin.

Así, por ejemplo, una solicitud de exhibición no podrá considerarse proporcionada «cuando se refiera a la exhibición genérica de documentos incluidos en el expediente de una autoridad de la competencia en relación con un determinado asunto, o a la divulgación genérica de documentos presentados por una parte en el contexto de un asunto determinado. Solicitudes de exhibición de tal amplitud —se dice, además— no serían compatibles con el deber del solicitante de especificar las pruebas o las categorías de pruebas con la mayor precisión y concreción posible» (Directiva 2014/104/UE; Considerando 23).

Ni tampoco cuando «el alcance y el coste de la exhibición» [art. 283 bis a), ap. 3-b), LEC] sea desproporcionados con respecto a la pretensión de condena (*v. gr.* si la demanda fuera exclusivamente de reclamación de cantidad, lo que determinaría que el tipo de procedimiento quedase establecido por la cuantía y no por la materia [art. 249.1-4.º LEC] y no excediese de 6.000.-€, y pese a ello se interesase una comisión rogatoria a un tribunal norteamericano con los consiguientes costes de traductores, abogados, procuradores, etc.).

Con el principio de proporcionalidad el juez deberá ponderar «los intereses que se verían favorecidos por la divulgación de los documentos en cuestión

En definitiva, con el principio de proporcionalidad el juez deberá ponderar «los intereses que se verían favorecidos por la divulgación de los documentos en cuestión y los que se verían comprometidos por dicha divulgación» (Directiva 2014/104/UE; Considerando 20) en el marco de lo que no será sino una colisión de diversos derechos, en muchos supuestos con el mismo rango e importancia en tanto que derechos fundamentales de las personas, debiendo decidir qué derecho debe imponerse y con qué grado de intensidad.

Si bien, y esto ha de quedar claro, como dice el art. 283 bis b), ap. 2, LEC: «el interés de las empresas en evitar acciones por daños a raíz de una infracción del Derecho de la competencia *no constituirá un interés que justifique protección*» [énfasis añadido].

b) Momentos para solicitar medidas de acceso a fuentes de prueba

El art. 283 bis e) LEC establece la posibilidad de solicitar las medidas de acceso a fuentes de prueba «antes de la incoación, en la demanda o durante la pendencia del proceso».

La posibilidad de solicitar medidas de acceso a las fuentes de prueba en la demanda o antes incluso de presentarla (esto es, *ante demandam*) no parece ofrecer dudas. Si bien, la posibilidad de que sea «antes de la incoación», en nuestra opinión, parece que ha de quedar circunscrita, por las razones ya apuntadas, a quien «tenga intención de ejercer una acción por daños» (Directiva 2014/104/UE; Considerando 22).

Incluso cabría la posibilidad de solicitarlas con carácter previo para resolver sobre una solicitud de medidas cautelares (art. 732.II LEC).

En cualquier caso, de presentarse la solicitud antes de la demanda, el solicitante deberá presentar demanda en los veinte días siguientes a la terminación de su práctica, a riesgo de que se apliquen las consecuencias previstas en el art. 283 bis e) LEC, a saber: (i) condena de oficio al pago de las costas y a indemnizar los daños y perjuicios que la práctica de las medidas pudiera haber ocasionado a los sujetos pasivos de las mismas; (ii) remoción de los efectos de las medidas, si bien sólo a instancias del perjudicado y siguiendo los mismos trámites previstos para la decisión sobre las medidas en el art. 283 bis f) LEC; pudiéndose declarar que los datos e informaciones recabados por el solicitante no puedan ser utilizados por éste en ningún otro proceso, cuando se aprecie abuso por su parte.

Mayor problemática suscita la posibilidad de solicitarlas una vez entablada demanda, si atendemos a la regla de preclusión de aportación documental que caracteriza nuestro proceso civil (art. 270 [«Presentación de documentos en momento no inicial del proceso»] y 271 [«Preclusión definitiva de la presentación y excepciones a la regla»] LEC). Sin embargo, el legislador comunitario ha querido dejar por sentado que dichas reglas no pueden operar en los procedimientos de reclamación de daños derivados de actos infractores de la competencia, recalando que «el establecimiento de estrictos requisitos legales que exijan de los demandantes hacer valer en detalle todos los hechos del caso y aportar elementos de prueba muy específicos al inicio de una acción, puede obstaculizar indebidamente el ejercicio efectivo del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE» (la Directiva 2014/104/UE; Considerando 14).

Por ello una adecuada inteligencia de la finalidad perseguida con el art. 283 bis e) LEC aconsejaría que se contemplara una remisión al mismo dentro del elenco de excepciones a la regla de preclusión previsto en los art. 270 y 271 LEC. Y también en el art. 435 LEC («Diligencias finales»).

En cuanto a la posibilidad de solicitar medidas de acceso a fuentes de prueba en la segunda instancia —entiéndase, más allá de los supuestos previstos en el art. 460 LEC—, y que se contemplaba en la PAL [art. 283 bis i)-1, a saber: «[p]ara conocer de las solicitudes que se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia»], hay que aplaudir que se haya suprimido y que no forme parte del articulado del Real Decreto-ley. Si la inoperancia de las reglas de preclusión de la aportación de documentos en el proceso civil podría considerarse algo atrevido (*cfr.* el art. 15 bis, ap. 2, LEC), la quiebra del principio *revisio prioris instantiae*, fundamento de la segunda instancia, hubiera sido excesiva.

Antes bien, ello no impide que cualquier solicitud de acceso a las fuentes de prueba tendente a fundamentar una acción de compensación de daños deba pasar siempre por el tamiz del principio de efectividad, que el Real Decreto-ley positiviza (*vid.* disp. adicional segunda).

B) Vista para la audiencia de las partes y resolución

El procedimiento previsto para la resolución de las solicitudes de las medidas de acceso a fuentes de prueba se aproxima más a un incidente previo a la resolución [de hecho el art. 283 bis h), ap. 2, LEC lo califica directamente como «incidente de acceso a las fuentes de prueba»], que, al procedimiento previsto, por ejemplo, para decidir sobre las diligencias preliminares y en el que el Tribunal ha de resolver en los términos del art. 258.1 LEC y por tanto sin vista (no nos referimos obviamente a la vista que puede seguir con posterioridad a la oposición; art. 260.1 LEC).

Véase, en cambio, cómo la solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba va seguida inmediatamente de la convocatoria a una vista, que no parece dispositiva para las partes del

incidente, y en la que éstas —tanto el solicitante como su contraria en el procedimiento y, en su caso, el tercero de quien se solicite la medida— tienen la posibilidad de proponer y practicar prueba, y una vez celebrada es cuando el juez resuelve. En cambio, la decisión sobre diligencias preliminares, puede decirse que es *inaudita altera pars*. Y, una vez que su práctica ha sido acordada, y sólo entonces, es cuando la persona requerida puede oponerse, pudiendo celebrarse vista en tal caso, si las partes así lo solicitan (art. 260 LEC).

En cualquier caso, el art. 283 bis f) LEC no dice que, de la solicitud, haya que dar traslado a la autoridad nacional de competencia (como sí hace el art. 404.3 LEC, una vez que sea admitida la demanda). Luego sólo en los casos en que las medidas se soliciten junto con la demanda regirá lo dispuesto en dicho precepto. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 283 bis i)., ap. 11, LEC y en el art. 15 bis, ap. 1-I y ap. 2, LEC.

C) Régimen de recursos

El régimen de recursos contra la resolución sobre la solicitud, que ha de revestir forma de auto y dictarse en el plazo de cinco días tras darse la vista por terminada (luego esta es imperativa), es el que establece el art. 283 bis f), ap. 4, LEC. Puede decirse en líneas generales que se reproduce el esquema de recursos establecido contra las resoluciones sobre admisibilidad de las pruebas propuestas en los procesos declarativos (art. 285.2 LEC), si bien con ciertas particularidades. A saber: Salvo que la solicitud se hubiese presentado con carácter previo a la demanda, contra la resolución que acceda o deseche las medidas propuestas cabrá recurso de reposición y, si se desestimare la reposición, la recurrente podrá, «en su caso» (hay que entender, si formula la correspondiente protesta), hacer valer sus derechos en la segunda instancia. En cambio, si la solicitud fuese *ante demandam*, contra la resolución —sea del signo que sea— cabrá interponer directamente recurso de reposición (*cf.* el régimen de recurso previsto en el art. 258.2 LEC).

En ambos casos (reposición o apelación), con efectos suspensivos de la eficacia de la resolución recurrida si es un auto estimatorio, si bien, tratándose de un recurso reposición la suspensión será automática (lo que tiene sentido al ser el juez que ha de resolver el mismo que acordó las medidas), cuando de ser de apelación la suspensión tendrá que ser a instancia de parte, y por tanto no automática, debiendo la Audiencia Provincial, en tal caso, resolver con carácter previo sobre la suspensión mediante providencia sucintamente motivada, tras la recepción de los autos.

3. Prestación de caución y gastos

A diferencia de las diligencias preliminares, para cuya puesta en práctica se exige del solicitante «una caución para compensar los gastos, daños y perjuicios que se pueda ocasionar a los sujetos pasivos de aquéllas» (EM, ap. 11, LEC; art. 256.3 LEC), y que el tribunal fijará, si accede a ellas, en el auto en el que las acuerde (art. 258.1 LEC), tratándose de medidas de acceso a fuentes de prueba la caución para responder tanto de los gastos como de los daños y perjuicios que se puedan irrogar sólo se acordará a instancias de la parte de quien se interesa la medida (que, como se ha dicho, puede ser un tercero que no sea parte en el proceso) y «el tribunal accederá o no a esta petición y, en su caso, determinará el importe de la caución» [art. 283 bis c), ap. 2, LEC (énfasis añadido)], pero sin que pueda exigir «una caución que por su inadecuación impida el ejercicio de las facultades previstas en esta sección» (art. 283 bis c), ap. 3, LEC). Lo cual es una manifestación del «principio de efectividad» que «exige que las normas y procedimientos aplicables al ejercicio de las acciones de daños no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por una infracción del Derecho de la

competencia» (Real Decreto-ley, Disp. adicional segunda; Directiva 2014/104/UE, art. 4).

Es por ello que el solicitante o peticionario de las medidas de exhibición de medios de prueba en procedimientos de reclamación de daños causados por prácticas restrictivas de la competencia, aunque responderá en todo caso de los gastos que la práctica de las medidas ocasione, así como de los daños y perjuicios que un uso indebido de las fuentes de prueba pueda causar, no está obligado a ofrecer una caución en su solicitud; algo que contrasta, no sólo con lo dispuesto en el art. 256.3 LEC que sí la exige en sede de diligencias preliminares, sino sobre todo con el hecho de que «el coste de la exhibición» sea una de la circunstancias que el juez ha de valorar para acceder a su práctica [art. 283 a), ap. 3-b), LEC]. Luego si el coste es excesivo o desproporcionado, parece que el juez lo que tendrá que hacer es no estimar la solicitud de exhibición, pero si accede a ella la caución que acuerde en su caso —por entender que el coste de la exhibición será proporcionado— no podrá ser tan elevada que convierta las medidas acordadas en algo inocuo o que impida la virtualidad de su resolución.

La caución que el juez acuerde deberá prestarse en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3 LEC [art. 283 bis c), ap. 2, *in fine*, LEC; *cfr.* art. 256.3-II LEC con remisión al art. 64.2-II LEC]. Y siempre con carácter previo a la ejecución o cumplimiento de las medidas acordadas [art. 283 bis g), ap. 1, LEC].

4. Ejecución de las medidas de acceso a fuentes de prueba

El art. 283 bis g) LEC regula lo que sería la fase de ejecución o de cumplimiento de las medidas acordadas, hasta que, por providencia, se declare terminada dicha fase de práctica. Ésta no tiene por qué desarrollarse necesariamente en la sede del tribunal (*cfr.* art. 259.2 LEC). Al contrario, el juez que haya resuelto a favor de la práctica de una medida de exhibición o acceso a fuentes de prueba «dispondrá lo que proceda sobre el lugar y modo en el que haya de cumplirse».

Así, por ejemplo, cabe la posibilidad de que autorice una entrada domiciliaria y su registro a fin de ocupar los medios de prueba que sean objeto de aquéllas [art. 283 bis g), ap. 3, LEC], lo que deberá acordar excepcionalmente, por ejemplo, cuando los referidos medios de prueba no hayan sido aportados voluntariamente o la parte requerida no haya atendido el requerimiento [a ello se referiría el art. 286 bis h), ap. 1, LEC; *cfr.* art. 261-2.º LEC], aunque teniendo presente que los intereses en juego en un proceso civil no tienen la entidad de los del proceso penal, y cualquier restricción de derechos fundamentales se requiere que sea siempre con las debidas garantías y, por tanto, motivando en todo caso la procedencia de esa resolución. Esto es: a) La idoneidad de la medida, basándose, por ejemplo, en indicios racionales de la existencia de los medios de prueba objeto de la medida en el domicilio de que se trate; b) El resultado u objetivo perseguido, que se debe exponer de manera precisa; c) La proporcionalidad entre el alcance de la medida y el resultado u objetivo perseguido; etc.

Ello exigirá observar pormenorizadamente los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional para este tipo de diligencias limitativas del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, que reconoce el art. 18.2 CE (resolución en forma de auto, presencia del Letrado de la administración de justicia, presencia del interesado o de persona que éste designe, o en su defecto, de un individuo de su familia mayor de edad y si no lo hubiere, de dos testigos, vecinos del mismo pueblo, etc.).

Sobre el concepto de domicilio a efectos constitucionales *vid.* sentencias del Tribunal Constitucional núm. 22/1984, de 17 de febrero de 1984, núm. 69/1999, de 26 de abril de 1999, núm. 94/1999,

de 31 de mayo de 1999 y núm. 10/2002, de 17 de enero de 2002); teniendo en cuenta que las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio (sentencias del Tribunal Constitucional núm. 137/1985, de 17 de octubre de 1985, núm. 64/1988, de 12 de abril de 1988, 23/1989, de 2 de febrero de 1989 y núm. 69/1999, de 26 de abril de 1999), si bien, no existiendo en ellas un ámbito de intimidad personal y familiar la protección resultará menos intensa que la dispensada en otro caso.

Cabría plantearse si las diligencias de entrada y registro en despachos de abogados o de profesionales con deber de guardar secreto habrían de sufrir algún impedimento por virtud de lo dispuesto en el art. 283 bis b), ap. 3, LEC, lo cual, sea dicho de paso, podría dar pie a abusos, por ejemplo, residenciando en tales despachos la documentación que bajo ningún concepto quiera una parte exhibir a la otra. Creemos que la aplicación del art. 283 bis b), ap. 3, LEC, habría de quedar circunscrita a las comunicaciones y a aquella documentación confidencial que sea obra o autoría de los profesionales amparados con deber de confidencialidad; y no a otros.

5. Consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba

En el art. 283 bis h) LEC se contemplan las consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba u ocultación o destrucción de éstas, las cuales, por su gravedad, aconsejan que en el auto acordando las medidas de exhibición y requiriendo su práctica se aperciba al sujeto pasivo de las mismas; en su caso, al demandado o futuro demandado; sobre tales consecuencias.

Las consecuencias [salvo las dos primeras, que pueden acordarse de oficio, el resto son previa petición de parte y tras el procedimiento contradictorio previsto en el art. 283 bis h), ap. 3, LEC] son: (i) La posibilidad de acordar la medida prevista en el art. 283 bis g), ap. 3, LEC; (ii) La posibilidad de librar tanto de culpa por un presunto delito de desobediencia a la autoridad judicial tipificado y penado en el art. 556 del Código Penal (vid. art. 40.1 LEC); (iii) Que se declaren como admitidos hechos a los cuales las fuentes de prueba supuestamente se referían (fórmula que recuerda a la *ficta confesio* del art. 304 LEC); (iv) Que tenga al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas o que se vayan a formular [algo novedoso en nuestro ordenamiento —nótese que de aplicarse en todo su rigor podría darse el caso de que el sentido de la sentencia se conociese antes de haberse interpuesto la demanda— y que por su relevancia y trascendencia justificaría una enmienda en el sentido de que desde el art 21 LEC se hiciera remisión a este nuevo art. 283 bis h), ap. 1-b), LEC]; (v) Que se desestimen total o parcialmente las excepciones o reconvencciones que el sujeto afectado por la medida pudiese ejercitar en el proceso principal (extremo del todo novedoso); y (vi) Que imponga al destinatario de las medidas una multa coercitiva que oscilará entre 600 y 60.000 de euros por día de retraso en el cumplimiento de la medida.

Si bien, a cualquiera de las medidas anteriores se podrá añadir la solicitud de que se condene al destinatario de la medida en las costas del incidente de acceso a las fuentes de prueba y en las costas del proceso principal, cualquiera que sea el resultado de éste; lo cual puede causar la paradoja de que se haya condenado a las costas del procedimiento principal antes de que éste haya comenzado, en caso de una solicitud de medidas —injustificadamente desatendidas— con carácter previo a la demanda.

VI. El acceso a fuentes de prueba con información sujeta a privilegio

1. Introducción

Uno de los requisitos que, sin duda, el juez debe ponderar para ordenar la exhibición de medios de prueba de conformidad con el nuevo art. 283 bis LEC es «si la fuente de prueba a la que pretende accederse incluye información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial» [art. 283 bis b), ap. 4, LEC] (56). A ello nos referimos seguidamente.

2. Supuestos de información confidencial, sensible o reservada

Pueden ser muchos los supuestos en los que una fuente de prueba incluya información confidencial, sensible o reservada o que esté sujeta a alguna clase de *privilege* profesional que requiera un mayor ejercicio de ponderación y mesura, por parte del juez, al tiempo de madurar su convicción.

Puede tratarse, por ejemplo, de (i) *información amparada por el secreto contable* (vid. Art 32.1 C.Com.), como serían «los libros, correspondencia y demás documentos de los empresarios» cuya exhibición sólo puede decretarse a instancia de parte o de oficio en los supuestos legalmente establecidos (vid. art. 32.2 C.Com.); (ii) *información protegida por el secreto de las comunicaciones* (vid. art. 18.3 CE y art. 8 CEDH), estando incluida la correspondencia electrónica en el ámbito de protección que deriva del secreto de las comunicaciones (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha 26 de septiembre de 2007), «[s]ea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación» y por tanto «sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado» (vid. Sentencia núm. 114/1984 del Tribunal Constitucional de 29 noviembre de 1984; RTC 1984\114); (iii) *información amparada por el secreto profesional*: correspondencia entre abogados, o entre abogado y su cliente, supuesto al que nos referiremos seguidamente, o mantenida con peritos con deber de guardar secreto; (iv) *información que contenga secretos comerciales o industriales* («know how» protegido adecuadamente), no en vano la divulgación de secretos constituye un acto ilícito (art. 13 LCD; art. 124.4 LP); (v) *información que revele secretos estadísticos* (vid. art. 28.2 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [LCNMC]); (vi) *información que contenga datos personales* y esté, por lo tanto, amparada por el derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE y Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal) incluyéndose en el mismo la llamada «libertad informática», es decir, por «el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención» (STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 5)» (Sentencia núm. 96/2012 del Tribunal Constitucional de 7 mayo de 2012); (vii) *información que se haya obtenido vulnerando derechos fundamentales* (art. 287 LEC sobre «ilicitud de la prueba») y cuya divulgación o exhibición desencadenaría la aplicación de la doctrina del «fruto del árbol envenenado» («*fruit of poisonous tree*»); incluso (viii) *información protegida por la legislación procesal*, como declaraciones testimoniales secretas o, en general, actuaciones reservadas (art. 140.3 LEC); entre otros posibles.

Dándose algunos de los supuestos anteriormente expuestos el juez, en el juicio de proporcionalidad antes referido, deberá, en primer lugar, analizar si la medida es limitativa de algún derecho fundamental, en cuyo caso el juicio de ponderación se tornará aún más exigente

que el correspondería si la medida no fuera limitativa de tales derechos fundamentales, pues como dijo la Sentencia núm. 96/2012 del Tribunal Constitucional de 7 mayo de 2012, antes citada, en relación con la práctica de diligencias preliminares, el juez deberá «analizar si la medida acordada por el juez limita [un] derecho fundamental... y, en caso afirmativo, si dicha injerencia es constitucionalmente legítima» y por tanto «someter su decisión a una suerte de ponderación en la que deberá motivar la adecuación de la medida a la finalidad, justa causa e interés legítimo concurrentes».

Por consiguiente, «cuando el Juez, en el seno de un procedimiento de medidas preliminares, solicita un fichero informático que contiene un conjunto de datos personales, con la finalidad de hacérselos llegar a una asociación que pretende iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados, está limitando el contenido del derecho fundamental a la protección de datos protegido por el art. 18.4 CE y, en consecuencia, deberán darse los presupuestos habilitantes necesarios para que dicha injerencia en el derecho fundamental pueda calificarse de constitucionalmente legítima», esto es, el previo consentimiento de las personas cuyos datos constan en los ficheros (Sentencia núm. 96/2012 del Tribunal Constitucional de 7 mayo de 2012, cit.).

Y como concluye esta sentencia: «toda vez que el art. 256.1-6.º LEC no concreta el modo en que se pueden hacer efectivas las medidas de averiguación de los eventuales integrantes del grupo de afectados, la resolución debería haber exteriorizado las razones por las que la medida era idónea para conseguir el fin propuesto; debería haber motivado que no existía otra medida menos lesiva para identificar a los integrantes del grupo (juicio de necesidad), máxime cuando contaba con una propuesta concreta de la entidad bancaria, hoy demandante de amparo, que proponía que ADICAE entregara al Juzgado una carta en la que se informara de la presentación de la demanda, carta que, tras la supervisión del juzgado, sería remitida por el BBVA a todos los clientes que hubieran suscrito dichos productos financieros, lo que se acreditaría mediante verificación por empresa auditora externa; y, por último, debería haber valorado y exteriorizado si la solicitud de dichos datos personales era una medida ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Sin embargo, como se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior, el Auto impugnado se presenta como una decisión ajena a toda ponderación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida».

Y, en segundo lugar, estando a cuanto dispone el art. 283 bis b) LEC deberá, en su caso, adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los datos y la información que tuvieran el mencionado carácter confidencial (*vid.* art. 283 bis b), ap. 1, y 283 bis b), ap. 5-I, LEC; *cf.* art. 259.4 y 328.3 LEC).

3. Comunicaciones entre abogado y cliente

El derecho al secreto profesional del abogado (*attorney client privilege* en los países de corte anglosajón) forma parte integrante del derecho fundamental de defensa reconocido en el art. 24.2 CE según el cual «todos tienen derecho... a no declarar contra sí mismos». En palabras del Tribunal Constitucional, «el secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los Abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución en su art. 24.2» (por todas, Sentencia núm. 110/1984 de 26 de noviembre de 1984; *vid.* también art. 542.3 *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* [«LOPJ»] —art. 437.2, originariamente—; art. 32.1 y 42.1 *Real Decreto*

658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española [«EGAE»]; art. 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española [«CDAE»]).

Como dice el Preámbulo del CDAE: «La Constitución reconoce a toda persona el derecho a no declarar contra sí mismo, y también el derecho a la intimidad. Ambos persiguen preservar la libertad y la vida íntima personal y familiar del ciudadano, cada vez más vulnerable a los poderes estatales y a otros poderes no siempre bien definidos. El ciudadano precisa del Abogado para conocer el alcance, la trascendencia de sus actos, y para ello, debe confesarle sus circunstancias más íntimas. El Abogado se convierte así en custodio de la intimidad personal de su cliente y de su inalienable derecho a no declarar contra sí mismo. El secreto profesional y la confidencialidad son deberes y a la vez derechos del Abogado que no constituyen sino concreción de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce a sus propios clientes y a la defensa como mecanismo esencial del Estado de Derecho. Todo aquello que le sea revelado por su cliente, con todas sus circunstancias, más todo aquello que le sea comunicado por otro Abogado con carácter confidencial, deberá mantenerlo en secreto».

Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que: «...si bien el art. 6 del Convenio no los menciona expresamente, el derecho a guardar silencio y el derecho de no contribuir a su propia incriminación, son normas internacionales generalmente reconocidas que están en el corazón mismo de la noción de proceso equitativo consagrada por el mencionado artículo» (Sentencia de 3 de mayo de 2001, caso, *J.B. c/. Suiza*), y que «el derecho a no autoinculparse aportando datos o informaciones de cualquier índole afecta a cualquier clase de proceso administrativo o jurisdiccional» (Sentencia de 24 de febrero de 1994, *Bendenoun c/ Francia*).

Todo ello es importante por cuanto el art. 283 bis b), ap. 3. LEC establece claramente que «[c]uando ordene la exhibición de las pruebas el tribunal dará pleno efecto a las reglas de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente que resulten aplicables, así como a las reglas sobre deber de guardar secreto» como las que caen, por ejemplo, sobre las espaldas de quienes hayan tomado parte en la tramitación de expedientes ante autoridades de competencia o que conozcan tales expedientes por razón de profesión, cargo o intervención como parte (*vid.* art. 43 LDC).

Se trata de supuestos de *privilege* («privilegios profesionales legales» [«*legal professional privilege*»] en la Directiva 2014/104/UE; art. 5.6) que determinan que el acceso a la información contenida en las comunicaciones entre abogado y cliente o que se haya conocido en los términos expresados en el art. 43 LDC, por ejemplo, esté vedado. Otro supuesto amparado por deber de guardar secreto infranqueable ante una petición de acceso a documentación en un procedimiento sobre daños por abuso de posición de dominio o cártel sería el de las personas que hubiesen participado en un procedimiento de mediación anterior, entre las mismas partes (*vid.* art. 9 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), como, por ejemplo, un perito (art. 347.1-II LEC)

Efectivamente, «todo acto limitador de un derecho fundamental requiere la adecuada cobertura de la Ley, lo cual [...] significa que es presupuesto habilitante inexcusable [...] una previsión legislativa clara y terminante que autorice a adoptar [la medida limitativa del derecho fundamental]» (Sentencia núm. 183/1994 de 20 de junio de 1994).

Pues bien, la expresión «el tribunal dará *pleno efecto* a las reglas de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente que resulten aplicables, así como a las reglas sobre deber de guardar secreto» del art. 283 bis b), ap. 3, LEC, revela que la reforma decididamente va por

otros derroteros y lejos de constituir una previsión legislativa clara y terminante que autorice a adoptar medidas para conseguir que abogados de las partes (u otros profesionales con deber de guardar secreto) revelen hechos o den a conocer documentos que afecten a sus clientes en los procedimientos de reclamación de daños derivados de ilícitos *antitrust*, el art. 283 bis b), ap. 3, LEC, constituye una previsión en sentido opuesto, pues garantiza que el derecho a no declarar contra uno mismo prevalecerá siempre sobre el fin constitucionalmente legítimo a que responde la reforma —que ya se dijo que es «la consecución de una mejor tutela de los derechos de los justiciables en dicho campo» del derecho de la competencia [vid. Real Decreto-ley, EM, III. ap. 10]—. Se da con ello la máxima virtualidad al respecto de los derechos fundamentales y que la reforma preconiza acertadamente (Directiva 2014/104/UE; Considerando 53).

Respecto de las comunicaciones entre abogado y cliente habrá que tener muy en cuenta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 14 de septiembre de 2010, asunto *Akzo Nobel Chemicals Ltd, Akcros Chemicals Ltd c/ la Comisión Europea*, diferenciando, a efectos de y deber de confidencialidad entre abogados internos [*in-house lawyers*] y abogados externos o independientes de empresa). Pues sólo las comunicaciones con éstos merecen un tratamiento como *privileged*.

4. Medidas de protección de información confidencial

«Aunque en las acciones por daños se debería disponer en principio de aquellas pruebas relevantes que contengan secretos comerciales o cualquier otra información confidencial, conviene proteger dicha información de manera adecuada» (Directiva 2014/104/UE; Considerando 18).

Entre las medidas de protección de información confidencial, el art. 283 bis b), ap. 5, LEC establece las siguientes: 1.^a Disociar pasajes sensibles en documentos o en otros soportes. 2.^a Realizar audiencias a puerta cerrada o restringir el acceso a las mismas. 3.^a Limitar las personas a las que se permite examinar las pruebas. 4.^a Encargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial. 5.^a Redactar una versión no confidencial de una resolución judicial en la que se hayan suprimido pasajes que contengan datos confidenciales. 6.^a Limitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a obligación de confidencialidad.

A ellas cabría añadir el atribuir carácter reservado a las actuaciones (art. 140.3 LEC), algo que está previsto para los supuestos de diligencias preliminares (art. 259.4 LEC) y para las diligencias de exhibición (art. 328.3 LEC).

Antes bien, «[l]as medidas de protección de los secretos comerciales y demás información confidencial no deben impedir en la práctica el ejercicio del derecho a resarcimiento» (Directiva 2014/104/UE; Considerando 18, *in fine*).

5. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba

Las consecuencias de eventuales incumplimientos de los deberes de confidencialidad en el acceso a las fuentes de prueba están previstas en el art. 283 bis k) LEC [en cierta medida también el art. 283 bis c), ap. 1, *in fine*, LEC], aunque no sin ciertas contradicciones, como, por ejemplo, que se diga que «[s]i el tribunal apreciare que el incumplimiento no es grave podrá, en vez de acceder a lo solicitado por la parte perjudicada, imponer al infractor una multa que oscilará entre 6.000 y

1.000.000 de euros» (art. 283 bis k, ap. 2, LEC). En efecto, parece sorprendente que un incumplimiento leve pueda merecer una multa de hasta 1.000.000 de euros y que la misma puede recaer, además, no sólo en la cabeza de la parte incumplidora sino en la de procuradores y abogados.

(1) DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ M.A., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1991, pág. 231.

Son, en palabras del Tribunal Supremo, Sala 1.^a: «concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia» (ATS de 11 de noviembre de 2002); «actuaciones dirigidas a aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal» (STS de 20 de junio de 1986); en definitiva, diligencias de comprobación de extremos o de hechos cuyo conocimiento resulte indispensable para preparar el subsiguiente juicio.

Ver Texto

(2) Concretamente en la interrogatio in iure y en la actio ad exhibendum, cuya regulación pasó, sin grandes cambios, a nuestras disposiciones de Derecho histórico, principalmente a las Leyes de las Partidas; y de ahí, pasando por la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 5 de octubre de 1855 («LEC 1855»), a la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881 («LEC 1881»). Así, la diligencia preliminar que hoy recoge el art. 256.1-1.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («LEC»), tendría su antecedente inmediato en el art. 497.1.º LEC 1881 que, copiado del art. 222.1.º LEC 1855, hundiría sus raíces en la institución de la interrogatio in iure del Derecho romano clásico, consagrada en la Ley 1.^a, Tit. 10, Partida III. MANRESA, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Madrid, 1929, 5ed, pág. 495. Del mismo modo que las diligencias del art. 256.1, ap. 2.º a 4.º LEC (cfr. art. 497.2.º a 5 LEC 1881 y 222.2.º a 5.º LEC 1855) beberían en la actio ad exhibendum introducida por la legislación romana y sancionada por las Leyes 16.^a y 17.^a, Tit. 2, Partida III. MANRESA, J.M., *cit.*, pág. 497-504. *Vid.* también PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Tratado de Derecho procesal civil. Proceso declarativo y de ejecución*, 2.^a ed., t. I, Pamplona, 1985, págs. 334-336; y DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ M.A., *cit.*, pág. 233 (nota 3) y pág. 235 (nota 5).

Ver Texto

(3) Este procedimiento («pretrial discovery») se define como «Discovery conducted before trial to reveal facts and develop evidence. Modern procedural rules have broadened the scope of pretrial discovery to prevent the parties from surprising each other with evidence at trial». GARNER, B.A., *Black's Law Dictionary*, St. Paul, 2000, 7ed, pág. 377. Entendiéndose por «discovery» lo siguiente: «2. Compulsory disclosure, at a party`s request, of information that relates to the litigation "the plaintiff filed a motion to compel discovery". The primary discovery devices are interrogatories, depositions, request for admissions, and request for production. Although discovery typically comes from parties, courts also allow limited discovery from non-parties». GARNER, B.A., *op. loc. cit.* Para un mayor detalle sobre el procedimiento en los Estados Unidos de Norteamérica: Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts («Tit. V Disclosures and discovery», Rules 26 a 37) aplicables a litigios ante tribunales de la jurisdicción federal [disponible en <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>]. Para Inglaterra y Gale: The civil Procedure Rules («Part 31 Disclosure And Inspection Of Documents») [disponible en <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents/made>].

Ver Texto

(4) Art. 256.1-7.º LEC en la reacción originaria.

Ver Texto

(5) Originariamente, art. 24.2.

Ver Texto

(6) Actualmente, art. 123 y ss. Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes («LP»), a los que se remiten explícitamente los textos consolidados de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (Disposición

adicional primera) y de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (Disposición adicional primera). No así el texto consolidado de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyo art. 36.2 sigue haciendo referencia a la derogada Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes debido a que, por descuido, no fue objeto de modificación por la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. También la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, en su Disposición final segunda se remite «supletoriamente [a] las normas que regulan la protección legal de las invenciones».

[Ver Texto](#)

- (7) A diferencia de cuanto ocurre en otros ámbitos del ordenamiento, que han visto como el haz de diligencias preparatorias puestas a disposición de los justiciables se ha ido ampliando o reforzando ante la fenomenología cada vez más cambiante y sofisticada de actos ilícitos. Es el caso de la propiedad intelectual e industrial con la tipificación de una batería de diligencias nuevas para preparar las demandas de infracción. Hace prueba de ello la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual («Directiva Enforcement») que penetró en nuestro ordenamiento a través de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, para añadir dos nuevas diligencias preliminares al catálogo del ap. 1 del art. 256 de la LEC. En concreto, los ap. 7.º («diligencias de obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial») y el 8.º («exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable»). Y también, con posterioridad, la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que añadió otras dos nuevas diligencias preliminares, al art. 256 LEC: El ap. 10.º («para que se identifique al prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual») y el 11.º (que «un prestador de servicios de la sociedad de la información aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un usuario de sus servicios»; cfr. asunto C-275/06, Promusicae v. Telefónica, Rec., Rec. 2008 p. I-00271).

[Ver Texto](#)

- (8) Ex. art. 13.2 Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; o, con anterioridad, ex. art. 6 Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia.

[Ver Texto](#)

- (9) Algo que la Disp. adicional primera del Real Decreto-ley se cuida de recalcar. Si bien, tratándose de acciones stand alone habrá que tener presente lo dispuesto en los art. 434.3 y 465.6 LEC.

[Ver Texto](#)

- (10) Sin perjuicio de los art. 293 y ss. LEC.

[Ver Texto](#)

- (11) Libro Blanco de la Comisión de 2 de abril de 2008 relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia; COM (2008) 165, pág. 2.

[Ver Texto](#)

- (12) Hacemos referencia a la actividad previa a la Directiva 2014/104/UE, principalmente: Libro Verde de 19 de diciembre de 2005 sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia; COM (2005) 672 («Libro Verde»). Libro Blanco de la Comisión de 2 de abril de 2008 relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia; COM (2008) 165 («Libro Blanco»). Propuesta de Directiva del Parlamento

Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, de 11 de junio de 2013. COM (2013) 404 («Propuesta de Directiva»). Y Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de junio de 2013; COM (2013) 3440 («Comunicación de la Comisión»).

[Ver Texto](#)

- (13) El planteamiento de la Directiva 2014/104/UE en este punto se basa en la Directiva Enforcement. Así se reconoce en la Propuesta de Directiva, pág. 16.

[Ver Texto](#)

- (14) Es el caso del art. 17.1 de la Directiva 2014/104/UE («Cuantificación del perjuicio»), que se presenta transpuesto al ordenamiento español por medio del art. 76.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («Cuantificación de los daños y perjuicios»), y que sería trasunto del art. 2:105 («Prueba del daño») de los citados Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law*, New York, 2005 (trad. A cargo de la «Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC)», coord., Miquel Martín-Casals, Aranzadi, 2008, pág. 75.

[Ver Texto](#)

- (15) D. Alberto Berçovitz Rodríguez-Cano (Catedrático de Derecho Mercantil).

[Ver Texto](#)

- (16) D. Ricardo Alonso Soto (Catedrático de Derecho Mercantil), D. Alfonso Calvo Caravaca (Catedrático de Derecho Internacional Privado), D. Ignacio Díez-Picazo (Catedrático de Derecho Procesal) y D. Fernando Gascón Inchausti (Profesor Titular de Derecho Procesal).

[Ver Texto](#)

- (17) D. Jacobo Fernández Álvarez, Subdirector General de Política Legislativa.

[Ver Texto](#)

- (18) Ello contrastaba con el diseño tradicional de las diligencias preliminares en la LEC, tal y como venían entendiendo la mejor doctrina (DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ M.A., *cit.*, pág. 233) y la jurisprudencia (por todos, ATS de 11 noviembre 2002), «en una clara finalidad de evitar convertirlas en un medio para obtener cualquier tipo de información» (AAP Pontevedra, Sección 1.ª, de 8 octubre 2008) o «llegar al extremo de que sean indeterminadas», como aquélla recalca en su Exposición de Motivos (X, ap. 10). Antes bien, lo anterior podría salvarse si entendiéramos que se proponía algo tan deseable como «una fórmula general que, siendo lo suficientemente amplia, no caiga en una ambigüedad tal que rebase la auténtica finalidad de las diligencias que sean necesarias para el conocimiento de los hechos en que se haya de fundar la petición procesal». CORBAL, J., «La primera instancia», *Para un proceso civil eficaz*, UAB, Barcelona, 1982, pág. 106.

[Ver Texto](#)

- (19) El Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación (Sr. Dastis Quecedo) explicaba de esta guisa las razones que habían llevado a la promulgación del Real Decreto-ley, en la sesión de convalidación del Real Decreto-ley: «La correcta trasposición no pudo ser llevada a cabo por lo dispuesto el art. 21.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que establece de manera clara que el Gobierno en funciones no puede presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado. Señorías, en el contexto que les acabo de describir se presenta este real decreto-ley, cuya aprobación va a permitir cerrar los procedimientos de infracción abiertos y evitar la imposición de sanciones, de las que el principal perjudicado es, además de la imagen de España, el ciudadano. De ahí que el propio Tribunal Constitucional avale la utilización del decreto-ley como instrumento de trasposición, como señala la sentencia 23/1993,

de 21 de enero, que considera el real decreto-ley como un instrumento constitucionalmente lícito para afrontar coyunturas económicas problemáticas, o la sentencia 1/2012, de 13 de enero, que avala la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad del art. 86 de la Constitución cuando concurran el patente retraso en la trasposición y la existencia de procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España». Sesión plenaria núm. 62 celebrada el jueves 22 de junio de 2017 bajo la presidencia de la Excm. Sra. D.ª Ana María Pastor Julián, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 2017, XII Legislatura, núm. 64, págs. 4-5.

[Ver Texto](#)

- (20) Procedimiento de infracción núm. 20170081, iniciado de oficio por la Comisión por decisión de 24 de enero de 2017.

[Ver Texto](#)

- (21) WAELBROECK, D., SLATER, D., EVEN-SHOSHAN, G., *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative Report*, ASHURST, 31 agosto 2004, pág. 41.

[Ver Texto](#)

- (22) El asunto Intel Corp. V. Advanced Micro Devices, Inc., 542 US 241 (2004) podría servir de ejemplo. El US Supreme Court (Tribunal Supremo de EE.UU.) admitió que Advanced Micro Devices, Inc., que había denunciado ante la Comisión Europea la existencia de un abuso de posición dominante por parte de Intel Corp., pudiera obtener de los tribunales estadounidenses determinada documentación que esta empresa había presentado en un procedimiento anterior seguido ante un Tribunal de Alabama y que consideraba relevante para la investigación que la Comisión Europea estaba llevando a cabo (Asunto COMP/C-3/37.990 - Intel [2009/C 227/07]). Por lo demás, se ha dicho que «[s]in la intervención de la UE persistirían las actuales divergencias entre las legislaciones nacionales sobre las demandas de daños y perjuicios por infracciones de la normativa antitrust. Eso sería problemático en términos de la eficacia de la reparación de daños y perjuicios. También supondría que el mercado interior seguiría fragmentado en cuanto al nivel de tutela judicial, y podría fomentar la búsqueda del foro más favorable (que suele ir en detrimento de las PYME y los consumidores, que gozan de menor movilidad). También podría dar lugar a procedimientos más complejos y, por lo tanto, más costosos, especialmente en casos transfronterizos». DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN RESUMEN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO Demandas por daños y perjuicios por infracción de las normas antitrust de la UE que acompaña a la propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de las disposiciones sobre competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Estrasburgo, 11 de junio de 2013. SWD (2013) 204 final, pág. 10.

[Ver Texto](#)

- (23) DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN, *cit.* pág. 4.

[Ver Texto](#)

- (24) Directiva 2014/104/UE; Considerando 14.

[Ver Texto](#)

- (25) *Ídem.*; *Ídem.*

[Ver Texto](#)

- (26) Instrumento de ratificación, BOE núm. 203, martes 25 agosto 1987, págs. 26206-26221.

[Ver Texto](#)

- (27) En la redacción anterior era «todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la

fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones». Ahora es «todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia».

Ver Texto

- (28) No se ha considerado necesario incorporar todas las definiciones de la Directiva 2014/104/UE (como sí hacía la PAL) sino solo algunas, lo cual resulta criticable atendiendo al calado de la reforma. Así, se transpone solamente la definición de «acción por daños», «programa de clemencia», «declaración en el marco de un programa de clemencia», «información preexistente», «solicitud de transacción», «sobrecoste», «comprador directo» y «comprador indirecto». Pero se obvia la importantísima definición de «pruebas».

Ver Texto

- (29) La Directiva 2014/104/UE, Considerando 34, es clara en este sentido: «la constatación de una infracción de los arts. 101 o 102 del TFUE recogida en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente no debe volver a ser objeto de litigio en posteriores acciones por daños» [énfasis añadido].

Ver Texto

- (30) Debería precisarse, empero, que «[l]os efectos de esa constatación deben abarcar únicamente, no obstante, la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal y como los haya determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones» (Directiva 2014/104/UE, Considerando 34).

Ver Texto

- (31) Como establece este precepto constitucional la convalidación o derogación del Real Decreto-ley fue sometida a debate y votación de totalidad por el Congreso de los Diputados en su sesión de 22 de junio de 2017, en que se acordó su convalidación, así como su tramitación como Proyecto de Ley (expediente núm. 121/000007).

Ver Texto

- (32) *BOCG*, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 30 de junio de 2017, núm. 7-1, pág. 1.

Ver Texto

- (33) VON KIRCHMANN, *Julius*, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Darmstadt, 1956, pág. 25; citado por Hanns Prutting en «Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab, para el desarrollo del moderno derecho probatorio», *Ius et Praxis*, vol. 16, n.º. 1, 2010, pág. 453-464 [disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4094273>].

Ver Texto

- (34) Directiva 2014/104/UE; Considerando 22 (también Considerando 4). Hay que recordar que el TJUE llevaba tiempo insistiendo en que este derecho estaba garantizado en los Tratados, como consecuencia del efecto directo de las prohibiciones que hoy establecen los art. 101 y 102 TFUE. *Vid.* Asunto c-453/1999, *Courage y Crehan*, Rec. 2001, p. I-6297; asuntos acumulados C-295/04 a 298/04, *Manfredi*, Rec. 2006, p. I-6619; asunto C-360/09, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, Rec. 2011, p. I-5161; o asunto C-199/11 *Comunidad*

Europea / Otis NV y otros, Rec. 2012, p. I-0000, entre otros.

Ver Texto

- (35) Real Decreto-ley, EM, III, pár. 13. La EM, I, de la PAL, justificaba la reforma así: «Las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por los agentes económicos producen una reducción significativa de la eficiencia y la competitividad de la economía, afectan a una parte importante de los sectores económicos (audiovisual, distribución, energía, finanzas, tecnologías de la información, telecomunicaciones, transportes) y generan unos costes estimados de miles de millones de euros en la Unión Europea. [...] Si estas actuaciones ilícitas generan daños a las empresas y a los consumidores, éstos tendrán derecho a ser resarcidos por los infractores en la medida que puedan probar el daño que se les ha causado [...] Las normas existentes en los Estados miembros de la Unión Europea para obtener una compensación adecuada por los daños producidos por las conductas ilícitas difieren sustancialmente, lo que implica que las posibilidades de éxito de las acciones de daños pueden variar en función del lugar de residencia del reclamante o del país donde se realice la reclamación».

Ver Texto

- (36) *Libro Blanco, cit.*, pág. 5. En idéntico sentido, Directiva 2014/104/UE; Considerando 14.

Ver Texto

- (37) Directiva 2014/104/UE; Considerando 15. Propuesta de Directiva, pág. 16.

Ver Texto

- (38) *Vid.* EM, III, pár. 11.

Ver Texto

- (39) Según DRALE: «Del lat. bis "dos veces"; «3. adj. Que constituye una réplica, imitación o equivalente de algo o de alguien»; «4. adj. U. pospuesto a un número de una serie para indicar que este sigue inmediatamente a ese mismo número ya empleado.».

Ver Texto

- (40) De conformidad con el art. 2 («definiciones»), ap. 4, de la Directiva 2014/104/UE por «reclamación de daños y perjuicios» hay que entender «toda reclamación de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción del Derecho de la competencia».

Ver Texto

- (41) Real Decreto-ley, EM, III, pár. 8. La PAL decía, en este punto, todo lo contrario [EM, II, pfo. 5]: «[...] se ha considerado conveniente extender la posible reclamación a los daños derivados de una infracción del art. 3 de la Ley de defensa de la competencia, relativa al falseamiento de la libre competencia por actos desleales, precepto sin equivalente en la normativa comunitaria, aunque los daños derivados de dichos actos de competencia desleal tengan también abierta una acción de daños propia en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal».

Ver Texto

- (42) Los argumentos ya se han expuesto. Como expresa el Auto núm. 182/2008 de 8 octubre de 2008 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.^a y afirman «tanto la doctrina como la Jurisprudencia, y ello se infiere del texto legal, es claro que estamos ante diligencias determinadas, esto es *numerus clausus*, de ahí que a salvo las previstas en el art. 256 que amplían su espectro en relación con el art. 497 LEC anterior, y las que se recojan en las leyes especiales (art. 256 núm. 1.9, antes 7), no caben otras diligencias que no sean las en dicho precepto previstas, a lo que se une que han de tener vinculación y eficacia en relación con el juicio que se pretende preparar» [énfasis añadido].

Ver Texto

(43) EM, II, PAL.

Ver Texto

(44) El Auto núm. 87/2009 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 29 abril de 2009 lo expresa de forma inmejorable: «coincidimos con el Magistrado mercantil en que la medida de necesidad de la diligencia solicitada para preparar el litigio es, cuando menos, muy relativa [...] es apreciable que la finalidad perseguida, más que alcanzar conocimiento de algún dato fáctico o documental que sea necesario o simplemente conveniente para entablar el futuro litigio, es la de pre-constituir un medio de prueba (un dictamen pericial), y esta finalidad más se aproxima a la prueba anticipada y/o aseguramiento de la prueba que la LEC regula, con otros requisitos, aquí no acreditados, en el art. 293».

Ver Texto

(45) La similitud sería, empero, más aparente que real a tenor de lo dispuesto en el ap. 2 del art. 283 bis f), en tanto que establece una clara diferenciación entre ambas figuras procesales.

Ver Texto

(46) *Vid.* EM, III, pár. 11.

Ver Texto

(47) Art. 2 («definiciones»), ap. 13.

Ver Texto

(48) Nótese aquí la diferencia que existiría entre una «diligencia de obtención de prueba» (v. gr. al amparo del art. 31 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil [énfasis añadido]) y una orden «de obtención de fuentes de prueba» [énfasis añadido] o un requerimiento «de exhibición de piezas específicas de prueba o de categorías pertinentes de pruebas» [art. 283 bis a), ap. 2, LEC (énfasis añadido)]. Sobre la distinción entre fuentes y medios de prueba, *vid.* ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, Barcelona, 2012, págs. 928 y ss. Como dice este autor, «[e]sta distinción conceptual se aplica a cada una de las pruebas. En el interrogatorio de las partes, la fuente es la persona y su conocimiento de los hechos, mientras que el medio es su declaración en el proceso a través de un interrogatorio; en la prueba documental, la fuente es el documento y el medio es su aportación al proceso; en la prueba testifical, la fuente es el testigo y el medio es su declaración a través del interrogatorio; en la prueba pericial, la fuente es la cosa, materia o persona que se somete a la pericial, el medio de prueba es el dictamen de peritos; en el reconocimiento judicial, la fuente es el lugar, cosa o persona reconocida, el medio es la actividad de percepción judicial». *op. cit.*, pág. 929.

Ver Texto

(49) La posibilidad de que el demandado pueda instar las medidas [art. 283 bis a).1 in fine LEC («[e]l tribunal también podrá ordenar a la parte demandante... la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado»)] creemos que debería quedar reservada a los supuestos en que se haya presentado ya demanda y no, por tanto, a las peticiones ante demandam [como prevé, sin mayor precisión, el art. 283 bis e).1 LEC]. Como argumento a favor no sólo estaría el hecho de que el art. 283 bis a).1 in fine LEC habla de «demandante» y de «demandado» (no futuros, sino presentes o actuales), presuponiendo así la existencia de una demanda; cuando, en otros pasajes, el Real Decreto-ley —véase el contraste— hace referencia al «solicitante de la medida» y a la «persona de quien se interesa la medida». Sino además lo siguiente: de admitirse que el futuro demandado por daños (por ejemplo, quien hubiese sido declarado infractor de normas de defensa de la competencia por una resolución administrativa o judicial firme) pudiera instar medidas antes de que se presentase la demanda contra el mismo, ello supondría tanto como dejar el art. 283 bis e)-2 (que obliga a presentar demanda —obligación que sólo puede ir a cargo de quien se postula como futuro demandante— en un plazo determinado) huérfano de contenido. Empero, lo cierto es que la cuestión no está clara y para disipar las dudas, hay que decir que, en nada ayudan pasajes como el del art. 283 bis f), ap. 1, LEC, que se refiere de forma explícita a «la persona frente a la que se

ejercite o pretenda ejercitarse... la defensa» [énfasis añadido].

Ver Texto

(50) *Vid.* EM, III, pár. 12.

Ver Texto

(51) Asunto T-677/13, Axa Verischerung AG, ECLI:EU:T:2015:473.

Ver Texto

(52) Propuesta de Directiva, pág. 17.

Ver Texto

(53) Lo mismo que este último inciso dice el art. 257.1-II LEC respecto de la competencia para resolver sobre las diligencias previstas en los números 6.º, 7.º, 8.º y 9.º del apartado 1 del art. 256 LEC.

Ver Texto

(54) Cfr. art. 256.2 LEC que exige al solicitante de diligencias preliminares que exprese en su solicitud «sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar»; «justa causa e interés legítimo», sin cuya concurrencia demostrada el tribunal no accederá a la práctica de las diligencias o medidas preliminares (art. 258.1 LEC).

Ver Texto

(55) WAGENER, W. H. «Modelling the effect of one-way fee shifting on Discovery Abuse in Private Antitrust Litigation», *New York University Law Review*, vol. 78, 11/2003, pág. 1904.

Ver Texto

(56) La técnica legislativa es cuestionable por cuanto el art. 283 bis b), ap. 4, LEC reproduce de forma prácticamente literal el art. 283 bis a), ap. 3-c), LEC («[e]l tribunal... tendrá en cuenta... el hecho de que las pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial»). Lo mismo sucede con el art. 283 bis b), ap. 1, LEC («El tribunal podrá ordenar la exhibición de las pruebas que contengan información confidencial cuando lo considere pertinente en casos de acciones por daños. El tribunal, cuando ordene exhibir esa información y lo considere oportuno, adoptará las medidas necesarias para proteger la confidencialidad, en los términos previstos en este artículo») y el 283 bis b), ap. 5-I, LEC («Cuando lo considere necesario, a la luz de las circunstancias del caso concreto, el tribunal podrá ordenar el acceso del solicitante a fuentes de prueba que contengan información confidencial, tomando en todo caso medidas eficaces para protegerla»). Hubiera bastado con decirlo, en ambos casos, una sola vez a fin de no incurrir en repeticiones innecesarias.

Ver Texto

PRÁCTICA FORENSE



El peritaje social privado

Eva GIRALT PADILLA

Trabajadora social, p rito y mediadora familiar y de empresa

Miembro de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses

Coordinadora de la Comisión de Peritaje Social del Col legi de Treball Social de Catalunya

Resumen

En este artículo la autora examina el peritaje social privado, una disciplina del ámbito social, que permite aplicar el Trabajo Social a los interrogantes que surgen en el ámbito penal y civil. Se trata de un medio de prueba que evalúa ciertas condiciones de una persona en una situación determinada.

El primer postgrado europeo en peritaje social, desarrollado por la Universidad de Vic el año pasado y la creación del grupo de trabajo de peritaje social llevado a cabo por el Colegio Oficial de Trabajo Social, suponen el punto de partida para un reconocimiento de esta disciplina como expertos en el ámbito social.

Estos trabajadores, basan su profesión en el estudio de los procesos de funcionamiento de las sociedades, sus cambios, como interactúan los individuos con su entorno y sus influencias, y están directamente implicados en paliar las desigualdades e incrementar la justicia social.

El trabajo social forense es la aplicación del Trabajo Social a los interrogantes en el ámbito penal y civil, a través del diagnóstico social. Se trata de un medio de prueba para

evaluar la condición individual, familiar, económica y sociocultural de una persona en una situación determinada ante un proceso judicial.

La práctica socio-forense privada, permite hacer un estudio en profundidad sobre la persona y su entorno

La práctica socio-forense privada, permite hacer un estudio en profundidad sobre la persona y su entorno, explorando todos aquellos sistemas y suprasistemas en los que interacciona el sujeto, y de este modo completar el vacío de información del expediente judicial y emitir un dictamen. De esta manera el trabajador social podrá aportar elementos de análisis para la toma de decisiones judiciales a raíz de informar científicamente a los magistrados.

Este dictamen se lleva a cabo con criterios científicos, de manera que resiste todo tipo de valoraciones subjetivas, generando resultados conclusivos similares a pesar de tener imaginarios diferentes.

Sorprende que un dictamen tan útil como este, sólo sea requerido por magistrados a los grupos judiciales interdisciplinarios de la administración de justicia (1) o a un perito de oficio (2) y no que sean las propias partes las que más valoren la posibilidad de su estudio y aportación en caso de que se considere conveniente. A pesar de que en los últimos dos años, ha aumentado la presencia del perito social extrajudicial o privado, el desconocimiento por parte del colectivo de la abogacía del mencionado peritaje, evidencia la necesidad de dar a conocer con mayor profundidad sus posibilidades, aplicaciones y ventajas.

Los ámbitos de actuación de los peritos sociales forenses, son tan amplios como importantes tanto en procedimientos civiles como en procedimientos penales. El perfil técnico de los trabajadores sociales es apto para peritar cualquiera de los procedimientos sobre:

- **Familia:** Es el ámbito más habitual donde el peritaje social se utiliza. Comprende el divorcio y las separaciones matrimoniales, régimen de visitas y pensiones alimenticias, procesos de guardia y custodia de menores (3), adopciones (nacionales o internacionales) o modificaciones de la capacidad de obrar de la persona entre otros. En todos los casos, es imprescindible la valoración del dictamen social para determinar, sobretodo en casos en que estén implicados menores, las consecuencias sociales (no médicas ni psicológicas) que han tenido o pueden tener las alteraciones de su vida por el litigio en cuestión.

- **Factores modificadores de la responsabilidad penal:** En causas penales, resulta de vital importancia, tanto para valorar eximentes o atenuantes que se pueden aplicar según los factores sociales que pueden concurrir en la responsabilidad penal susceptibles de ser tenidos en cuenta, así como, para valorar los cambios sociales no deseados producidos a la víctima, después de sufrir este hecho delictivo y que pueden agravar esta responsabilidad.

- **Medidas alternativas, indultos y tercer grado:** Vital también, el dictamen social para entender los factores sociales que concurren a la hora de establecer medidas alternativas según las circunstancias sociales del infractor. Así mismo, es importante el estudio de estos factores para evaluar el trato penitenciario de los penados para establecer tanto los permisos penitenciarios, como el tercer grado o los indultos.

- **Menores infractores:** En tema de menores siempre es indispensable conocer los motivos de la infracción, la protección y el trato para su reinserción a la sociedad.

- **Salud:** Abortos, cambios de sexo, abusos sexuales, negligencias médicas o accidentes de

tráfico, que comportan no sólo perjuicios médicos o psicológicos, sino también sociales, ya sean en lo cotidiano como en la relación con los suprasistemas de la persona.

- **Empresa:** En el ámbito laboral, cuando se producen accidentes laborales, despidos improcedentes, acoso laboral o mobbing, también se producen cambios sociales en la víctima, que han de ser estudiados, valorados y compensados.

- **Otros:** Cualquier otro procedimiento en el que la víctima se vea afectada en sus condiciones personales, familiares, económicas, laborales o de vivienda y sea por ello necesario estudiar y medir o bien evaluar la condición individual, familiar, económica, laboral y social de acusados de la comisión de delitos de diversa índole y gravedad.

Como hemos visto, son múltiples los ámbitos en los cuales el peritaje social forense privado puede convertirse en una herramienta indispensable en manos de las partes, en el ejercicio de su profesión, además de poner al alcance de magistrados y tribunales, estudios y valoraciones objetivas y conclusiones expertas de los factores sociales que pueden motivar actitudes antisociales. Los cambios y perjuicios sociales que se producen en los actores o las consecuencias educativas o de reinserción, a la hora de escoger la mejor medida de reparación.

En cuanto a la aproximación internacional, el Trabajo Social Forense, es de vital presencia en diferentes latitudes como los Estados Unidos (4) y en América Latina, países como Argentina (5), Chile y Colombia. En nuestro territorio y posterior a algunas prácticas investigativas (6) y documentación de las mismas, el Colegio Oficial de Trabajo Social de Cataluña, ha generado la fuerza necesaria para la construcción y fortalecimiento del quehacer profesional en el ámbito socio-ambiental de las personas en litigio, en la práctica privada del peritaje.

(1) Estos equipos judiciales interdisciplinarios, están formados por psicólogos, trabajadores sociales y educadores sociales y trabajan a propuesta únicamente del juez.

Ver Texto

(2) La demanda de peritos de oficio se hace a petición del juez o tribunal, a petición del mismo, o de una de las partes, y son peritos aportados por el Colegio Oficial de Trabajo Social a través de un listado que se actualiza anualmente.

Ver Texto

(3) Recientemente están teniendo cierta resonancia mediática las retiradas de custodia de menores por parte de la DGAIA (Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia) y por extensión de todas las consejerías o ministerios del resto de las autonomías del estado, por la rapidez en estas retiradas, que se llevan a cabo únicamente por medio del dictamen de un equipo multidisciplinar, sin la intervención de un juez y porque deja muy poca capacidad de defensa, ante la administración, a las familias que han sido objeto de esta retirada. Sin entrar a valorar el acierto o no de este procedimiento, es evidente la fuerza que da el peritaje social privado a la defensa de las personas que entren en litigio con la administración por estas causas.

Ver Texto

(4) Regida por la National Organization of Forensic Social Work (www.nofsw.org)

Ver Texto

(5) Acuerdo 1793/78 de la Corte Suprema de Justicia en la que se reconoce específicamente el trabajo social

forense.

[Ver Texto](#)

- (6) Pilar Ruiz, El trabajador social como perito, testigo y especialista del sistema judicial español. ISBN 9788488269867

[Ver Texto](#)

DOSSIER



Testimonio infantil y probática (1)

Juan Antonio ANDINO LÓPEZ

Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universitat Internacional de Catalunya

Resumen

Resulta difícil determinar a qué edad puede declarar una persona ante el juez, esto es, cuándo un sujeto dispone de la madurez suficiente como para entender lo que haya percibido, la trascendencia del juramento o promesa de decir verdad, así como el significado del juicio en sí mismo. El presente artículo parte de la concepción de Gorphe hasta llegar a la actual regulación de la LEC, que entiendo abre la puerta para que exista una prueba de la prueba: la posibilidad de complementar la declaración del niño con una pericial de psicólogo.

I. Introducción

La idea para redactar este artículo me la dio François Gorphe. Profundizaré sobre su pensamiento más tarde, pero permítanme que avance que, en su época, se defendía que en general los niños pequeños (menores de ocho años) tienden a fantasear y cuentan mentiras básicamente porque no son conscientes de la diferencia entre la verdad y la mentira, ya que son demasiado pequeños para distinguirlas y no disponen de la madurez suficiente que sí tiene un adulto. De hecho, Hevia Bolaños, en el siglo XVIII, indicaba que «el testigo en Causa civil ha de ser de catorce años cumplidos, aunque en la criminal ha de ser de treinta años, y puede atestiguar, no solo de lo que supo después que los tuvo, sino también de lo que antes supo, de que se acordase» (2) . En el sistema anglosajón del *commonlaw* (como también en el art. 647.2 LEC 1881 y el actual 365.2

LEC, como veremos), sí se permitía declarar a los niños, aunque normalmente sin prestar juramento, ya que se decía que un niño no era capaz de entender el significado y la trascendencia de prestar juramento en el juicio. No obstante, una declaración prestada sin juramento tenía en la práctica muy poco peso y a efectos prácticos, la palabra de un niño, por mucha razón que tuviera, no bastaba para condenar al acusado, ya que no declaraba bajo juramento y en Inglaterra la declaración bajo juramento era fundamental para obtener la condena del acusado (3) .

Desde el punto de vista del derecho probatorio, la materia se reduce a una cuestión de inhabilidad del testigo para declarar, a caballo entre la LEC de 1881 y de 2000, ya que en la primera aparentemente se limitaba la capacidad para testificar a que el testigo tuviera catorce años (4) , precepto criticado por parte de la doctrina (5) , ya que, *de facto*, se permitía la declaración del menor de catorce años, pero sin prestar juramento (6) .

Con la promulgación de la nueva LEC, se supera la regulación de la inhabilidad del testigo para declarar en función de su edad

Con la promulgación de la nueva LEC, se supera la regulación de la inhabilidad del testigo para declarar en función de su edad. El art. 361 LEC establece que «los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente», si bien, a tenor del art. 365.2 «cuando se trate de testigos menores de edad penal, no se les exigirá juramento ni promesa de decir verdad».

Como bien indica Picó i Junoy, con el art. 361 LEC «se pone fin a la discusión que generó el art. 1246.3.º del CC, que prohibía por "incapacidad natural" que los menores de catorce años pudiesen testificar» (7) , destacando que, gracias al nuevo precepto, la cuestión se deriva a un tema de valoración de la prueba por parte del juzgador (8) .

No obstante, este no es un artículo sobre derecho probatorio, sino sobre probática. Por ello, me centraré en la teoría de Gorphe para explicar que, a mi juicio, el art. 361 LEC puede traer a colación un elemento probático por

excelencia, como es el de la prueba sobre la prueba. Es cierto que el citado precepto deja toda decisión en manos del juez, que será el que deba valorar la prueba antes de dictar sentencia (9) , pero entiendo que es posible que el juez, aplicando el citado precepto, pueda auxiliarse de un dictamen pericial de psicólogo para acreditar la fiabilidad del testigo.

II. La crítica del testimonio de François Gorphe

Como he dicho anteriormente, la idea para preparar el presente artículo me la dio la obra de François Gorphe titulada «La crítica del testimonio» (10) , quien dedica un apartado bastante extenso a la capacidad infantil para declarar como testigo en un procedimiento judicial, aportando bastantes ejemplos jurisprudenciales para sostener sus postulados (11) .

Así, comienza indicando que el concepto de verdad se aprende con la edad. Un niño pequeño no es capaz de conocer el significado y el alcance de la verdad hasta que no obtenga la madurez suficiente. Por ello, el niño pequeño (menor de siete u ocho años de edad) no puede ser capaz de comprender la trascendencia de su declaración en el marco de un procedimiento judicial. Es más, el niño pequeño no es capaz de entender el alcance y significado de las frases que pueda leer, llegando a afirmar Gorphe que «cuando el niño (lo suponemos siempre de corta edad,

particularmente inferior a siete y ocho años) escucha o lee una frase, no analiza sus términos, pero se forma del conjunto una idea global y confusa, fundida en una impresión (...) y es absurdo pedir a un pequeño un testimonio verdadero: es incapaz de decir la verdad porque es incapaz de comprenderla» (12) .

Gorphe destaca que los niños mienten, pero no se limita a dicha afirmación, sino que clasifica la mentira infantil entre la mentira normal y la patológica, y dentro de la primera distingue entre la mentira de defensa, la mentira activa y la mentira sugerida (13) .

Así, la mentira de defensa es la mentira normal utilizada por el niño bien para encubrir una falta, o bien para intentar evitar un castigo, físico o psíquico, siendo la misma bastante frecuente, según Gorphe. Por ejemplo, los hermanos se acusan mutuamente de haber roto el jarrón, para que no se les castigue (14) .

Por su parte, la mentira activa es aquella que se imagina el niño para atender a toda clase de tendencias, tales como la pereza, la vanidad, la venganza, etcétera. Por ejemplo, el niño perezoso que, para no ir a la escuela, simula estar enfermo (15) .

La última sub-clasificación de la mentira normal es la mentira sugerida, que se puede dar en los niños, aunque normalmente con la intervención de un tercero, ya que requiere una cierta sugestión. Gorphe explica que la sugestión positiva es aquella que permite educar al niño, aunque a veces la sugestión implica una alteración de la verdad en el menor (16) . Asimismo, Gorphe señala que la exactitud de las respuestas de los niños en cuanto se les pregunta está en relación inversa con la fuerza sugestiva de las preguntas, siendo este fenómeno muy pronunciado en los niños, y clasifica las preguntas en relación a su fuerza sugestiva (17) :

1.- Exceso de memoria sin sugestión, como por ejemplo: «¿Qué se ve en esta fotografía?» Nótese que la pregunta es abierta, sin que en la misma aparezca ninguna sombra de sugestión que pueda influir en la declaración del testigo o de la parte. Entendemos que este tipo de preguntas es la que encaja con la dicción literal del art. 368.1 LEC, ya que no incluye valoraciones ni calificaciones.

2.- Sugestión moderada, como por ejemplo: «¿No hay en la fotografía un perrito?» Aquí se pretende influir ligeramente en la respuesta del menor, aunque la «excusa» que pondrá el letrado preguntante consistirá en indicar que lo que realmente le interesa es centrar la atención del declarante en el perrito que aparece en la foto, por lo que entiendo que este tipo de pregunta también encajaría en la dicción del art. 368.1 LEC.

3.- Fuerte sugestión, como por ejemplo: «¿En qué dirección corre el perrito de la fotografía? (cuando en la fotografía no existe ningún perrito)». Este tipo de preguntas podría vulnerar el imperativo del art. 368.1 LEC, puesto que el declarante tendrá confusión a la hora de contestar a la pregunta, que no será clara ni precisa. Resulta cuanto menos relevante que las conclusiones de Gorphe sobre la distorsión de la memoria por efecto de la información post-suceso ha sido confirmada por la moderna psicología del testimonio, llegando a la conclusión de que «la presentación de información engañosa afecta a los informes que los sujetos dan acerca de un suceso visto anteriormente. La polémica existe en si este efecto se debe a que se produce un cambio en las memorias relativas a dicho suceso» (18) .

Por su parte, la mentira patológica se produce cuando intervienen otros factores, tales como la perversidad (provocada por vicios congénitos o como consecuencia de una educación rebajada), o

la mitomanía (19) .

Finalmente, Gorphe da tres claves para detectar la mentira en la declaración infantil (20) . La primera de ellas consiste en determinar aquellas palabras que un niño no emplea por sí solo (tales como «partes sexuales»); la segunda consiste en determinar si existe un «fenómeno de extensión progresiva» en la declaración del menor, esto es, si va añadiendo detalles conforme se suceden las oportunidades de declarar (21) ; la tercera consiste en la uniformidad de declaraciones de varios sujetos, que puede indicar una sugestión colectiva o recíproca entre los niños; y la cuarta consiste en determinar lagunas intrínsecas en el relato ofrecido por parte del declarante (por ejemplo, los relatos llevados a cabo por parte de los mitómanos se hallan totalmente carentes de lógica).

Vemos que, con ciertas limitaciones, Gorphe era partidario de aceptar la declaración infantil en el procedimiento judicial siempre y cuando los menores ya contasen, cuanto menos, ocho años de edad cumplidos. Con las cautelas sobre la mentira y las pautas anteriormente apuntadas, el menor tenía que ser escuchado en proceso, si con su declaración aclaraba los hechos controvertidos o contribuía a esclarecer la investigación de la comisión de un delito.

Por influencia directa de Freud, el siglo XX camina, por regla general, hacia una creciente desconfianza frente a la declaración infantil, que da un vuelco a finales de dicho siglo, gracias a las aportaciones de la psicología del testimonio (22) . Comprobamos dicho cambio en la obra de Mittermaier, quien analiza directamente la incapacidad de los niños con estas elocuentes palabras: «dése el valor que se quiera a su inocencia, a su palabra sincera, que, sin calcular las consecuencias, no expresa más que aquello que ha caído bajo la impresión de sus sentidos, el legislador no dejará de temer la ligereza de su entendimiento, (...) le hará retroceder una consideración de las más fuertes, a saber: la frecuente experiencia de que su joven imaginación viene a mezclar imágenes erróneas con las observaciones reales» (23) .

No obstante, y como veremos en el siguiente apartado, la creciente desconfianza hacia el testimonio infantil fue decreciendo conforme avanzaban las décadas del siglo XX, llegando, en las décadas de los 80 y de los 90 al punto de partida de Gorphe, esto es, la permisibilidad del testimonio infantil, yendo un poco más allá, ya que gravita en la decisión del juzgador el determinar la credibilidad del niño, aunque sea menor de ocho años, límite temporal que fijaba Gorphe para la declaración del menor.

III. La pericial psicológica: prueba sobre la prueba

Los avances de la psicología en general y de la psicología del testimonio en particular ponen en evidencia la credibilidad de las declaraciones infantiles. De hecho, bajo determinados supuestos, las declaraciones de los menores podían ser consideradas más creíbles que la de los adultos (24) .

En los casos de delitos sexuales la credibilidad de los niños aumenta, incluso por encima de la del adulto, aunque con ciertos matices, ya que existen falsas denuncias por abusos sexuales (25) .

Ciñéndonos al ámbito civil, la dicción del art. 361 LEC («a juicio del tribunal»), así como el párrafo tercero de la regla 4.ª del art. 770 LEC, que establece que «en casos excepcionales» puede el juez recabar el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario, nos permite defender que se puede verificar la declaración del menor mediante la correspondiente pericial psicológica, que es lo que vienen reclamando los especialistas en psicología del testimonio (26) , y constituye una «prueba de

la prueba».

la prueba de la prueba contribuye o acredita la fiabilidad del medio probatorio

En probática, la prueba de la prueba contribuye o acredita la fiabilidad del medio probatorio o «comprueba el instrumento de la comprobación» (27) . Por ejemplo, la tasa de alcohol en sangre se mide a través de un alcoholímetro. La prueba de la prueba consistiría en la correspondiente pericial que indicara que la fiabilidad del alcoholímetro para determinar el nivel de alcohol en sangre es de un 100%. Nótese que la prueba sobre la prueba ayuda al juzgador para comprobar la fiabilidad o la certeza del medio probatorio. En el caso que nos ocupa, la prueba de la fiabilidad de la declaración del niño vendría determinada por la correspondiente prueba pericial de psicólogo, siendo una de sus funciones precisamente la de la evaluación del testimonio (áreas de la percepción, pensamiento y memoria, así como la detección de mentiras) (28) .

Tomando en consideración lo anterior, habida cuenta que todos padecemos amnesia infantil (29) , resulta necesario que los psicólogos determinen procedimientos de análisis de credibilidad de las declaraciones de menores. En el ámbito de las agresiones sexuales a menores, los psicólogos han ido elaborando diversos procedimientos de análisis de credibilidad, que permiten valorar la declaración del menor poniéndola en contexto con el contenido de sus declaraciones, la forma de expresarse, el tomar en consideración cualquier posible motivación del menor, los elementos específicos de la agresión, etcétera (30) .

En cuanto a la valoración de la prueba testifical (conforme a los criterios del art. 376 LEC, que remite a las reglas de la sana crítica (31)), entendemos que existirán dos posibilidades: que el juez disponga de la correspondiente pericia preparada por psicólogo, o bien que carezca de ella, puesto que la ley no le obliga a solicitar la pericial, sino que le faculta a obtenerla si así lo considera oportuno.

En cuanto a la concreta valoración de la prueba testifical, insisto en primer lugar en la idea, defendida en otro trabajo, de que la prueba testifical se debe valorar teniendo en cuenta el proceso de percepción del testigo, la retención de la información en su memoria, así como un análisis de la evocación que realiza el testigo en sede judicial (32) . No obstante, entiendo muy interesante traer a colación la opinión de Abel Lluch, quien indica en un trabajo suyo muy reciente que dicha valoración se concreta en tres parámetros de concreción legal, como son la razón de ciencia, las circunstancias concurrentes del testigo y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba sobre la tacha formulada.

Dice dicho autor que «la razón de ciencia viene referida a la fuente de conocimiento, que puede fluir espontáneamente en la declaración del testigo o a requerimiento de los letrados o del propio juez. Las circunstancias concurrentes harán referencia a la relación (de parentesco, amistad o profesionales, normalmente) del testigo con las partes. Los motivos de tacha pueden concurrir con frecuencia en los testigos en los procesos familiares y puede detectarlos el juez al formular las preguntas generales de la ley (art. 367.1 LEC) o ponerlos de manifiesto cualquiera de las partes (art. 367.2 LEC), y todo ello con anterioridad al inicio de la declaración» (33) .

Xavier Abel añade y analiza el criterio de veracidad de la declaración del testigo y el criterio de precisión de la declaración del testigo. Así:

i.- El criterio de veracidad de la declaración del testigo vendría representado por la capacidad

del testigo para contextualizar el relato y la corroboración con el resultado de otras pruebas practicadas en el proceso (34) .

ii.- Por su parte, el criterio de precisión de la declaración del testigo es destacado por el autor para «atender la vinculación del declarante con los hechos litigiosos y a la influencia de terceras personas en la reconfiguración del recuerdo» (35) .

En definitiva, hemos partido de la idea de Gorphe (permitir la declaración del niño mayor de ocho años de edad) y, en cierta medida, entendemos que dicha idea se ha superado por parte de la LEC, ya que el autor francés ponía el límite para declarar ante el juez en la edad de ocho años. Dicho límite no se halla en la LEC y, si bien es cierto que la valoración de la prueba corresponde al juzgador, entendemos que, con base a la redacción literal de los preceptos resaltados en el presente estudio, cabe la posibilidad de que el juez se auxilie mediante la correspondiente prueba de la prueba, esto es, mediante la pericial de psicólogo que acredite la lucidez y fiabilidad del niño declarante.

(1) Quiero agradecer expresamente las observaciones del Prof. Carlos de Miranda Vázquez que, sin duda, han mejorado la versión inicial del presente trabajo.

[Ver Texto](#)

(2) HEVIA BOLAÑOS, «Curia Philipica», Oficina de Ramón Ruiz, Madrid, 1797, página 86; existe una segunda edición, «Curia Filípica», Imprenta de la Real Compañía, Madrid, 1825, página 88. Coincide literalmente la cita en las dos ediciones.

[Ver Texto](#)

(3) *Vid.* FISHER, George, «The Jury's Rise as Lie Detector», en THE YALE LAW JOURNAL, Vol. 107, n.º 3, diciembre, 1997, páginas 642-643, quien recoge estos dos casos, muy ejemplificativos sobre lo expuesto: en un caso de 1715 se indicaba «La Chica dijo que la arrojó sobre la Cama... pero ella no entiende el significado del Juramento, lo que dijo no fue tomado como Prueba, y el acusado fue absuelto» (juicio de Daniel Bonnely, OBSP, 13-16 Julio 1715, en 4); y el segundo caso: «Pero no había prueba de que la Prisionera lo hiciera, sino sólo la Palabra del Niño, lo cual, no siendo suficiente para satisfacer al jurado, la acusada fue absuelta» (juicio de Mary Fadding, OBSP, 23-25 Feb. 1715, en 4). Las siglas «OBSP» significan lo siguiente: THE PROCEEDINGS OF THE SESSIONS OF THE PEACE, AND OYER AND TERMINER, FOR THE CITY OF LONDON, & COUNTY OF MIDDLESEX [OBSP]. *Vid.* SIMON DEVEREAUX, *The City and the Sessions Paper: «Public Justice» in London, 1770-1800*, 35 JOURNAL BRITISH STUDIES 466, 467 n.2 (1996), obra citada por FISHER, GEORGE, «The Jury's Rise as Lie Detector», *op. cit.*, pág. 639, n.287.

Asimismo, *vid.* MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, «Tratado de la prueba en materia criminal», 11.ª edición (con traducción y adiciones de Pedro Aragonese Alonso), Editorial Reus, S.A., Madrid, 2004 (obra original «Die Lehre vom Beweise», Darmstadt 1834), pág. 276, en la que indica que en Inglaterra no se declaraba a los niños totalmente inhábiles para declarar como testigos, sino que se les sometía a un examen preliminar y se les permitía prestar juramento solo si, a juicio del juzgador, tenían suficiente conocimiento de la gravedad del juramento, y sanas ideas acerca de Dios y de la inmortalidad del alma.

[Ver Texto](#)

(4) La prueba testifical se regulaba en el Código Civil, en cuyo artículo 1.246 se indicaba «son inhábiles por incapacidad natural: (...) 3.º Los menores de catorce años». Por su parte, Manresa justificaba dicha inhabilidad en la consideración de la inteligencia y la libertad de la persona ya formada, indispensables en el testigo (MANRESA Y NAVARRO, José María, «Comentarios al Código Civil Español», 6.ª Edición, Tomo VIII, Vol. 2.º, Editorial Reus, Madrid, 1967, pág. 250-251);

[Ver Texto](#)

- (5) *Vid.*, por todos, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Estudios de Derecho Probatorio», Editorial Communitas, Lima (Perú), 2008, págs. 442-443 (reproduce el artículo «Prueba testifical», que redactó el 19 de marzo de 1992 para la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, según indica el autor en la pág. 425 de la obra citada).
- Ver Texto
- (6) Art. 647.2 LEC 1881, «No se exigirá juramento a los menores de catorce años».
- Ver Texto
- (7) Me centraré en dicho precepto, aunque soy consciente de que otras normas se refieren a la necesidad de oír a los menores. *Vid.*, por todos, MONTERO AROCA, Juan, «La prueba en el proceso civil», 7.ª edición, Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 400, que cita los arts. 770.4.ª y 777.5 LEC, arts. 92, 154, 156 y 159 del Código Civil, y el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
- Ver Texto
- (8) *Vid.* PICÓ I JUNOY, Joan, «Comentario al art. 361», en la obra colectiva «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», director A. M.ª Lorca Navarrete, T. II, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 1966. También *vid.* ABEL LLUCH, Xavier, «Derecho Probatorio», J.M.ª Bosch, editor, Barcelona, 2012, pág. 592.
- Ver Texto
- (9) Sobre la valoración de la prueba, *vid.* ABEL LLUCH, Xavier, «La valoración de la prueba en el proceso civil», Editorial LA LEY, Madrid, 2014.
- Ver Texto
- (10) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», 6.ª edición, Editorial Reus, Madrid, 2003, traducida por Mariano Ruiz-Funes (obra original «La critique du témoignage», Librairie Dalloz, Paris, 1924).
- Ver Texto
- (11) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, págs. 91 a 117.
- Ver Texto
- (12) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 92.
- Ver Texto
- (13) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 93.
- Ver Texto
- (14) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 93, quien pone el ejemplo siguiente, citando a LASEGUE: «una pequeña perezosa que, habiendo faltado a la escuela, acusó a un negociante de la vecindad de haber cometido con ella un atentado contra el pudor».
- Ver Texto
- (15) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 94. De hecho, Gorphe pone el ejemplo de un niño de trece años que, para no ir a la escuela, simulaba ataques de epilepsia por las mañanas.
- Ver Texto

(16) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 95. El ejemplo que pone Gorphe es terrible: «Un mecánico de los ferrocarriles, orgulloso, trapacero, muy nervioso, en el límite de la neuropatía, había disputado con su mujer y había abandonado el domicilio conyugal con sus cinco hijos (...). Queriendo divorciarse y habiendo pensado que el mejor medio era adquirir la prueba de la infidelidad de su mujer, indagó en este sentido, cogió a los niños y les preguntó sobre lo que había pasado durante su ausencia y sobre los hombres que habían venido a ver a su madre, y al interrogarlos los amenazaba con castigos y les pegaba. Los niños, atemorizados y sugestionados, concluyeron por declarar, como su padre les había hecho decir, que su madre se había entregado a orgías continuas con toda clase de hombres, con su criada de quince años y con ellos mismos. El padre, sugestionado a su vez, creyó todas estas historias y presentó su demanda a los Tribunales. (...) Sin embargo, se acabó por descubrir que no podía haber nada de cierto en toda esa historia, y que los niños habían sido influidos por el temor y los golpes. El padre fue encarcelado y acusado de falso testimonio».

[Ver Texto](#)

(17) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, págs. 103-104.

[Ver Texto](#)

(18) *Vid.*, por todos, MANZANERO, Antonio L., «Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria», Ediciones Pirámide, Madrid, 2008, pág. 127 (de donde se extrae la cita entrecomillada del texto).

[Ver Texto](#)

(19) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, págs. 112-113. En cuanto a la mitomanía, Gorphe indica el siguiente ejemplo: «Un muchacho de catorce años, Jean Grenier, débil, influido por las preocupaciones de su tiempo, se declaró (...) licántropo y se acusó de una serie de crímenes, que contaba con satisfacción. (...) Este muchacho contaba que tenía una piel de lobo, que le había dado un brujo, y que había matado y devorado niños y niñas por la tarde en el bosque.»

[Ver Texto](#)

(20) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, págs. 114.

[Ver Texto](#)

(21) *Op. cit.*, quien ofrece el siguiente ejemplo: «una niña de catorce años, de constitución histérica, examinada recientemente por el profesor Zingerle, acusó inmediatamente a su maestro de haberla cogido de la mano para aproximarla a su bragueta abierta. Después de haber hecho la primera declaración, añadía que con su mano había frotado las partes sexuales del profesor. En la segunda declaración dio algunos detalles, indicando cómo estaba desabotonado el pantalón, y contó otras cosas parecidas. En la tercera declaración describió con muchos detalles la manera cómo había aproximado la mano, y contó otro caso de manera análoga». Como se puede apreciar, el fenómeno de extensión progresiva consiste en añadir detalles con cada declaración, con lo que la sospecha de mentira en la declaración del menor resulta elevada.

[Ver Texto](#)

(22) MANZANERO, Antonio L., «Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical», Ediciones Pirámide, Madrid, 2010, pág. 228.

[Ver Texto](#)

(23) MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, «Tratado de la prueba en materia criminal», *op. cit.*, pág. 283.

[Ver Texto](#)

(24) *Vid.* MANZANERO, Antonio L., «Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical», *op. cit.*, pág. 228, que cita, entre otros, un experimento llevado a cabo por parte de Luus y Wells en el año 1992, en el que demostraba cómo se consideraban las declaraciones de personas de diferentes edades. Así, se da la misma credibilidad a la declaración de un niño de 8 años que a los adultos (a pesar de que la exactitud de los niños era menor que la de los adultos).

[Ver Texto](#)

(25) MANZANERO, Antonio L., «Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical», *op. cit.*, págs. 228-229, que cita los experimentos llevados a cabo por parte de Bottoms, Herscovici y Shaver en 1989 (que acreditó que la credibilidad de los niños era superior que la de los adultos en los casos de delitos sexuales); así como, entre otros, los experimentos de Duggan, Aubrey, Doherty, Isquith, Levine y Scheiner también en 1989, en el que demostraban la gran credibilidad que ofrecía la declaración de un niño de 9 años, por encima de la declaración que pudiera ofrecer un niño de 5 años o un adulto de 30 años. Advierte dicho autor que la credibilidad atribuida a los menores ha disminuido como consecuencia del incremento de falsas denuncias de agresiones sexuales.

[Ver Texto](#)

(26) *Vid.* MANZANERO, Antonio L., «Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical», *op. cit.*, pág. 229.

[Ver Texto](#)

(27) MUÑOZ SABATÉ, Lluís, «Introducción a la probática», Editorial J.M.^a Bosch, Barcelona, 2007, pág. 78. Dicho autor indica que la propia LEC contiene diversos supuestos de verificación del medio, tales como los arts. 320 (comprobación del documento público), 349 (cotejo de letras de documento privado), 343 (tachas a peritos), 377 (tachas a testigos); el art. 328.1.º LEC (requerimiento documental exhibitorio a la parte) se puede extender también a la eficacia de los medios de prueba, lo que constituye prueba de la prueba; el art. 352 LEC que regula la aportación de otros dictámenes periciales instrumentales de pruebas distintas y que pueden emplearse para conocer el contenido o sentido de una prueba, o para proceder a su más acertada valoración; y finalmente el art. 372 LEC, que regula el contrainterrogatorio que puede emplearse para esclarecer los hechos controvertidos, pero también para verificar la credibilidad del testigo.

[Ver Texto](#)

(28) *Vid.* MUÑOZ SABATÉ, Lluís, voz «Prueba pericial de psicólogo» en su obra *Diccionario Enciclopédico de Probática y Derecho Probatorio*, Editorial LA LEY, Madrid, 2014, pág. 437.

[Ver Texto](#)

(29) No tenemos recuerdos anteriores a los tres años de edad, fundamentalmente porque el sistema neurológico no estaba desarrollado totalmente, amén de que antes de dicha edad no se domina el lenguaje, elemento fundamental para retener hechos en la memoria y saber explicarlos con posterioridad, y falta asimismo conocimientos previos que nos ayuden a interpretar los sucesos. De hecho, puede que aquel que crea tener un «recuerdo» anterior a sus tres años de edad, en realidad tenga una falsa memoria generada por la sugestión de las explicaciones o relatos que haya escuchado a las personas de su entorno (padres, abuelos, hermanos, etcétera). *Vid.* MANZANERO, Antonio L., «Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria», *op. cit.*, págs. 119-135.

[Ver Texto](#)

(30) Para un extenso examen de los diferentes procedimientos de análisis de credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de agresiones sexuales, *vid.*, por todos, MANZANERO, Antonio L., «Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical», *op. cit.*, págs. 229-245.

[Ver Texto](#)

(31) Vid. ABEL LLUCH, Xavier, «Las reglas de la sana crítica», editorial LA LEY, Madrid, 2015.

Ver Texto

(32) ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio, «Sobre la percepción del testigo», en *Diario LA LEY*, Dossier de los Tribunales sobre probática, Diario número 8535, del 8 de mayo de 2015, pág. 8 del pdf generado. De hecho, la idea de la apreciación de la declaración del testigo mediante la valoración de su percepción, su retención y su evocación pertenece a FLORIAN, Eugenio, «De las Pruebas Penales», Tomo II, Editorial Temis, Bogotá (Colombia), 2002 (título de la obra original *Delle prove penali*, 1924), págs. 325-332.

Ver Texto

(33) ABEL LLUCH, Xavier, «La prueba en los procesos de familia», capítulo del libro *La prueba civil: aspectos problemáticos*, de la «Colección RJC», Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 119-120.

Ver Texto

(34) Vid. ABEL LLUCH, Xavier, «La prueba en los procesos de familia», *op. cit.*, pág. 120, quien pone el siguiente ejemplo: «Así, por ejemplo, si se pretende acreditar cuál de los progenitores traslada y recoge habitualmente a los hijos menores al centro escolar y en las actividades extraescolares, a los efectos de decidir sobre el sistema de guarda y el régimen de comunicación con el otro progenitor, será decisivo precisar el nombre y la ubicación del centro escolar, los días del traslado y recogida de los menores, los horarios y lugares de entrada y recogida en el centro escolar, el modo del desplazamiento desde el domicilio al centro escolar (y viceversa), el horario de finalización de las actividades extraescolares y el tipo de actividades. Todos estos detalles, corroborados por las declaraciones de las partes o incluso de otros testigos, permiten otorgar credibilidad a la declaración del testigo».

Ver Texto

(35) Vid. ABEL LLUCH, Xavier, «La prueba en los procesos de familia», *op. cit.*, pág. 120, quien puntualiza el anterior ejemplo, de la siguiente forma: «Así, y siguiendo el ejemplo anteriormente propuesto, sobre el traslado y recogida de hijos menores desde el domicilio familiar al centro escolar, y si el testigo es uno de los abuelos de los hijos, deberá ponderarse si ese abuelo/a participa también en los traslados y recogidas de los menores, con qué frecuencia lo efectúa, y si la información de que dispone es a partir de su propia experiencia o viene influenciada por el relato que le ha referido el progenitor interesado en su declaración. La ausencia de indicios de terceras influencias, junto con la intervención directa del testigo en los hechos objeto de la declaración le otorgará mayor credibilidad.» (se cita el ejemplo omitiendo las notas a pie de página del autor).

Ver Texto

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO PROBATORIO



Reflexiones en torno a la naturaleza y características de la prueba pericial a partir del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia

Manuel RICHARD GONZÁLEZ

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio

Resumen

La prueba pericial ha adquirido una importancia esencial en el sistema de impartición de justicia al servir como medio de introducir en el proceso hechos complejos de naturaleza técnica que no pueden ser interpretados directamente por el Juez. En este punto resulta necesario atender a las características de la prueba pericial como medio de prueba singular fundado en la aplicación a los hechos de la ciencia y la técnica con la finalidad de su aportación y valoración en el proceso.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia de la prueba en el proceso queda fuera de toda duda, en tanto que, en definitiva, todos los trámites previstos en el proceso jurisdiccional se reconducen, finalmente, al acto del juicio oral en el que de lo que se trata es de acreditar ante el Tribunal los hechos debatidos que son objeto de enjuiciamiento. A ese fin la Ley regula los distintos medios de prueba que las partes

pueden utilizar según la naturaleza, forma de manifestación y modo de obtención del hecho que se pretende hacer valer en el proceso. La ley regula, concretamente, como medios de prueba las declaraciones de partes y testigos, el reconocimiento judicial, la prueba documental y la prueba pericial. Se trata de procedimientos técnicos mediante los que se traslada conocimiento al Tribunal que enjuicia el asunto mediante declaraciones, documentos o directamente inmediando los hechos en el supuesto del reconocimiento judicial. No requiere el Tribunal, por lo general, ningún intérprete para poder adquirir conocimiento y valorar la prueba practicada lo cual hará mediante sus conocimientos generales en el marco de las normas de derecho aplicables a la valoración de la prueba. Este principio queda matizado, sin embargo, en el supuesto de la prueba pericial en la cual el Tribunal adquiere un conocimiento que le viene dado por el previo análisis e interpretación del perito que realiza un dictamen técnico respecto a una materia técnica o científica que se manifiesta de un modo no directamente aprehensible por el ser humano. Es por ello que el conocimiento e interpretación de esta clase de hechos precisa de la intervención de un experto en la materia de que se trate con la finalidad de que puedan ser conocidos y valorados por el Tribunal. Como vemos se trata de una prueba que se diferencia radicalmente de cualquier otra por el modo en el que los hechos se introducen en el proceso, ya que frente al sistema ordinario de exposición directa del hecho seguido en el resto de medios de prueba la pericial sigue el sistema de exposición elaborada de los hechos que en muchas ocasiones no son directamente aprehensible por el ser humano, razón por la que se precisa del análisis pericial. A las características de la prueba pericial me refiero en el apartado final de este trabajo, pero antes de llegar a ese punto quiero analizar determinadas afirmaciones contenidas en la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la prueba pericial que, a mi juicio, incurre en simplificaciones cuando no claros errores sobre la naturaleza, contenido y valoración y revisión de la prueba pericial, que en muchas ocasiones determinan posteriores errores conceptuales y de procedimiento y práctica de este medio de prueba.

Las afirmaciones respecto a la prueba pericial que van a ser objeto de análisis son las siguientes: 1ª La prueba pericial se asimila a una prueba documental. 2ª La prueba pericial es una prueba personal. 3ª El perito es un colaborador del Juez. 4º La prueba pericial no introduce hechos nuevos en el debate procesal, sino que sólo interpreta hechos. Se trata de declaraciones frecuentes en la doctrina del Tribunal Supremo sobre este medio de prueba, que no pueden calificarse de absolutamente erróneas, ya que todas ellas contienen una parte de verdad. Ahora bien, al mismo tiempo cada una de las consideraciones citadas resulta ser una simplificación en parte errónea cuya interpretación contribuye a una deficiente práctica y valoración de la prueba pericial en el proceso jurisdiccional.

II. LA PERICIAL NO ES UNA PRUEBA DOCUMENTAL

La prueba pericial no es ni tiene naturaleza de prueba documental. Ello a pesar de que, ciertamente, la prueba pericial se contiene en un documento, pero ello no autoriza a establecer una vinculación entre prueba pericial y documental o, peor todavía, a calificar directamente a la prueba pericial como una prueba documental.

Entre las razones que conducen a establecer esta asociación, además de la obviedad anterior de que el informe pericial se contiene en un documento, podemos destacar dos. 1º El tratamiento como prueba documental de la pericial realizada por laboratorios técnicos oficiales de la policía o de instituciones públicas. También se puede hallar una razón a este respecto en el tratamiento como prueba documental que subyace en la regulación de la LEC que titula su art. 347 del

siguiente modo: «posible actuación de los peritos en el juicio o vista», permitiendo de ese modo que el dictamen pericial pueda valorarse sin la comparecencia de los peritos en el acto del juicio. 2º La interpretación del art. 849.2 LECrim que prevé la procedencia del recurso de casación por infracción de ley cuando: «...*haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios*».

2.1 El tratamiento como prueba documental de la pericial realizada por laboratorios técnicos oficiales de la policía o de instituciones públicas.

Uno de los principios fundamentales del derecho procesal es el de la práctica de la prueba en un juicio oral, público y contradictorio en presencia de las partes y del Tribunal. Correlativamente y en directa conexión con ese proceder únicamente podrá valorarse como prueba la practicada en el juicio oral con plena inmediación y contradicción. Este principio quiebra, sin embargo, en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido atribuyendo valor de prueba documental a los informes técnicos de laboratorios oficiales en el proceso penal. Esta jurisprudencia se ha plasmado en sendos Acuerdos del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999 y de 2001 que establecen que los informes emitidos por organismos oficiales, practicados en fase de instrucción, podrán ser valorados como prueba, si las partes no los impugnan expresamente. Estos acuerdos motivaron la posterior modificación del art. 788.2 LECrim en sede de procedimiento abreviado que dispone: «*En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas*». En su virtud, los informes técnicos realizados por laboratorios oficiales y, específica y legalmente, los referidos a la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes podrán ser valorados como prueba aunque no hubieren comparecido en el plenario los peritos que los realizaron. A ese fin será necesario que en los informes conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas técnicas vigentes al momento de realizar la pericia. Sin perjuicio, claro está de que la parte a la que interese pueda solicitar la comparecencia de los peritos en el acto del juicio.

El criterio del Tribunal Supremo se fundamenta en la fiabilidad y garantía de los informes técnicos elaborados por laboratorios oficiales

La jurisprudencia plasmada en los Acuerdos del Tribunal Supremo, y luego refrendada en la Ley, trae causa de determinados supuestos concretos en los que se planteaba si era posible la valoración de estos informes periciales cuando no se había producido la ratificación de los peritos en el acto del juicio oral. Esta situación traía causa de errores en la notificación o falta de presencia de los peritos por distintas causas. En estos casos, algunos tribunales condenaban con base en el informe no ratificado en el juicio oral, lo que daba lugar al recurso del condenado y el planteamiento de una difícil cuestión jurídica que el Tribunal Supremo, primero, y la Ley después intentaron resolver dando carácter de categoría a una situación excepcional de incomparecencia de los peritos en el acto del juicio oral. A ese fin es indudable que el criterio del Tribunal Supremo se fundamenta en la fiabilidad y garantía de los informes técnicos elaborados por laboratorios oficiales y la relativa importancia de la presencia y ratificación de los peritos que realizaron los informes técnicos en el acto del juicio oral. Ciertamente, en la mayoría de las ocasiones la presencia de los peritos en el acto del juicio sirve exclusivamente para ratificar su informe. Piénsese en el

escaso margen que ofrece la discusión sobre un informe que analiza el peso del principio activo de

droga incautada. O sobre el hecho de que una huella determinada ofrece unos puntos de coincidencia con la existente en los archivos policiales. Esto es así, porque con los resultados obtenidos en los informes periciales técnicos alcanzan un grado de precisión que resulta difícilmente rebatible.

El problema consiste en una posible extensión desmesurada del concepto de prueba documental a una clase de pruebas que, con los matices que se quieran, son pruebas periciales que, por tanto y con carácter general, debieran ser objeto de ratificación, exposición y sometimiento a crítica en el acto del juicio oral.

2.2 El problema (¿ya superado?) de obtener la revisión de la prueba pericial por la vía del 849.2 LECrim.

La necesidad de «forzar» la legalidad procesal vigente en materia de recurso de casación ha condicionado de forma extraordinaria el devenir del proceso penal en España durante los últimos años. Esto ha sido así dada la inexistencia de la regulación en nuestro derecho procesal de una segunda instancia para todos los procesos penales hasta la reforma de la LECrim por la Ley 41/2015 que ha introducido una segunda instancia para todas las sentencias dictadas en proceso penal. De ello deberá resultar la reorientación y limitación de la casación a su función originaria de protección de la Ley y de unificación de la doctrina jurisprudencial, por cuanto la revisión de la prueba deberá tener lugar en sede de recurso de apelación. Ahora bien, el sistema todavía tardará en entrar en funcionamiento teniendo en cuenta que la disposición transitoria única de la Ley 41/2015, de reforma de la LECrim que modificó el sistema de recursos en el proceso penal, dispone que las normas de la Ley se aplicarán a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor. De modo que podemos calcular que el sistema completo de recursos aún tardará un tiempo en ser aplicado en su plenitud. Entre tanto el recurso de casación servirá en parte, y forzosamente, como un remedio procesal que permite limitadamente la revisión de la prueba practicada, principalmente por la vía del motivo de infracción de la presunción de inocencia (art. 852 LECrim) y el motivo por infracción de Ley previsto en el art. 849.2 LECrim que admite la posibilidad de revisión de los hechos cuando se acredite un error acreditado en documentos que obren en la causa: « *Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: .../... 2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios*». Sobre este motivo de casación se ha pronunciado el Tribunal Supremo considerando que se ha tratado de la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única: «...*vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE (LA LEY 2500/1978) como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada .../.... Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ (LA LEY 1694/1985) , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia*» STS 912/2016 de 1 Dic. 2016, Rec. 355/2016. ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón. LA LEY 177402/2016.

La viabilidad del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim se fundamenta en la circunstancia de que el error del juzgador se halle en un documento que obre en la causa. Es por ello que el TS ha delimitado cual es el concepto de documento a este efecto señalando que no tienen este carácter: « — *Las diligencias policiales, ni la declaración judicial del imputado (por todas,*

cfr. STS 480/2003, 4 de abril (LA LEY 65951/2003)). — La diligencia de inspección ocular (STS 16 de noviembre de 2011). — Las sentencias judiciales, sean o no del orden penal (STS 18 de febrero de 2009). — Las pruebas personales, como las testificales, por mucho que estén documentadas (STS 11 de abril de 2011)» STS 492/2016 de 8 Jun. 2016, Rec. 10545/2015 (Ponente: Palomo del Arco, Andrés. LA LEY 59018/2016).

Los informes periciales sí que tienen consideración de documento a los efectos del art. 849.2 LECrim pudiendo fundamentar un recurso de casación por este motivo siempre que se cumplan los siguientes requisitos: «.. cuando: a) *Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.* b) *Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen, o sin una explicación razonable (SSTS 2144/2002 de 19 de diciembre (LA LEY 1545/2003) y 54/2015, de 28 de enero , entre otras)*» STS Sala Segunda, de lo Penal, Auto 1395/2016 de 15 Sep. 2016, Rec. 1062/2016; Ponente: Marchena Gómez, Manuel. LA LEY 146001/2016. En el mismo sentido se pronuncia la STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 592/2017 de 21 Jul. 2017, Rec. 304/2017; Ponente: Jorge Barreiro, Alberto Gumersindo (LA LEY 110761/2017) que declara que: «*en lo que atañe a las pruebas periciales, esta Sala solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamento de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación (art. 849.2º LECr (LA LEY 1/1882)). En concreto la admite en los supuestos en que, existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario. Y también cuando, contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS 168/2008, de 29-4 (LA LEY 31958/2008); 755/2008, de 26-11 (LA LEY 176107/2008); 703/2010, de 15-7 (LA LEY 114074/2010); 251/2013, de 20-3 (LA LEY 26766/2013); y 48/2013 (LA LEY 3005/2013), de 5-6 , entre otras)*». También en el mismo sentido las SSTS 29 Mar. 2010, S. 304/2010, LA LEY 34229/2010; 8 Jun. 2016, S. 492/2016, Rec. 10545/2015, Ponente: Palomo del Arco, Andrés (LA LEY 59018/2016).

En su virtud, podrá revisarse la valoración de la prueba, con base en el motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim, cuando el razonamiento judicial impugnado se contradiga con el contenido del informe pericial que sea relevante para la resolución del asunto y que a su vez no quede enervado por otras pruebas. Sin embargo, no cabe la revisión en casación de aquellos aspectos de la valoración del informe pericial que se hubieren fundamentado en las explicaciones, aclaraciones o ampliaciones del perito en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues esos aspectos quedan entonces afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediatez.

El art. 849.2 LECrim atribuye a los informes periciales naturaleza de prueba documental a efectos instrumentales

De todo lo expuesto resulta que de un modo constante se viene tratando a la prueba pericial como prueba documental en tanto que así se declara por el Tribunal Supremo y porque así conviene a los efectos de la impugnación de su valoración en sede casacional en un sistema privado parcialmente de una segunda instancia revisora de la prueba. Es cierto que el Tribunal Supremo cuando se refiere a la revisión de los informes periciales por la vía del art. 849.2 LECrim les atribuye naturaleza de prueba documental a efectos instrumentales de acceso al recurso de casación insistiendo en su carácter de prueba personal. Sin embargo, esa reiterada atribución de documento a la prueba pericial combinada con la insuficiencia de su carácter de prueba personal, como veremos a continuación, contribuyen a la deficiente conceptualización y tratamiento procesal de probablemente el medio de prueba más importante de todos los que se pueden practicar en el proceso.

III. LA PERICIA ES ALGO MÁS QUE UN MEDIO DE PRUEBA DE CARÁCTER PERSONAL

Existe cierto consenso en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en caracterizar la prueba pericial como una prueba de carácter personal que se contiene en un informe escrito que se aporta a la causa. De este modo la pericial sería un medio de prueba que se caracterizaría por contener un elemento personal y otro documental. Aunque en algunas sentencias se refuerza el carácter personal de la prueba pericial remarcando que la documentación del dictamen en un documento no sustituye la comparecencia, ratificación y sometimiento del perito a las preguntas de las partes en el acto del juicio oral. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo que en su STS de 29 Mar. 2010, S. 304/2010, LA LEY 34229/2010 declara que: «*La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental*». En el mismo sentido se pronuncia la STS 5 May. 2010, S. 383/2010; Recurso: 10727/2009; LA LEY 41089/2010 que declara que: «*Respecto a las pruebas periciales la doctrina de esta Sala Segunda, SS. 13.2.2008, 5.12.2007, 6.3.2007, entre las más recientes, mantiene, que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial.../..... Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación (SSTS. 5.6.2000, 5.11.2003)*».

Respecto al carácter de prueba personal de la prueba pericial no cabe ninguna duda de la importancia de que el perito informe en el acto del juicio oral con la finalidad de ratificarse, explicar, aclarar, ampliar, etc. el informe pericial aportado a la causa. Ahora bien, desde mi punto de vista supone una absoluta simplificación calificar a la prueba pericial de prueba personal, ya que, como se expone a continuación lo que caracteriza a la prueba pericial es su contenido técnico-científico sirviendo como una suerte de herramienta intelectual al servicio del entendimiento de la realidad no aprehensible al ser humano mediante sus sentidos.

IV. LA PERICIA ES UN GENUINO Y ORDINARIO MEDIO DE PRUEBA QUE

TIENE POR OBJETO LA INTERPRETACIÓN DE LA REALIDAD NO APREHENSIBLE DIRECTAMENTE POR LOS SERES HUMANOS MEDIANTE EL ANÁLISIS CIENTÍFICO-TÉCNICO

La prueba pericial es un medio de prueba genuino y ordinario que se distingue de los otros previstos en la Ley por la peculiaridad de que se practica por un técnico o experto que examina los hechos objeto del dictamen en virtud de un encargo sea del Juez o de las partes y mediante la aplicación de conocimientos y/o herramientas científicas y/o técnicas. De esta definición se deducen las consideraciones que se exponen a continuación que considero que dan perfecta cuenta de la naturaleza y características de este medio de prueba.

1º La pericial es un medio de prueba ordinario que tiene naturaleza y características propias y diferenciadas respecto a otros medios de prueba.

Efectivamente, La pericia es un genuino medio de prueba, autónomo y definido por sus propias características que se fundamentan en la utilización de la ciencia y la técnica para examinar e interpretar los hechos objeto de enjuiciamiento. La razón de ser de su existencia es la falta de conocimiento y formación especializada del hombre medio, que representa el Juez, para interpretar directamente determinados hechos de interés en el proceso. No se trata, por tanto, de una suerte de medio de prueba híbrido entre la documental y una prueba personal, sino un medio de prueba diferenciado de carácter y naturaleza técnica.

La calificación de la pericial como medio de prueba excluye la naturaleza que se le pretende atribuir, en ocasiones, como un medio de prueba auxiliar del Juez y al perito como colaborador o auxiliar del Juez. Desde mi punto de vista la pericial, como cualquier otro medio de prueba, sirve a los fines de la parte que la propone. Ello sin perjuicio de que el perito debe ser objetivo en su examen. Igual sucede con el testigo que está obligado a decir verdad, sin que ello suponga considerarle colaborador o auxiliar del Juez. De modo que no creo que se pueda argumentar en el sentido de que con la pericial se: *«facilita la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba»* tal y como se ha declarado el Tribunal Supremo que en ocasiones se refiere al perito como una suerte de auxiliar del juez que suple su falta de conocimientos especializados para que, de ese modo, pueda tener un adecuado conocimiento de los hechos sometidos a su enjuiciamiento. Véase, en este sentido, la STS 5 May. 2010, S. 383/2010; Recurso: 10727/2009; LA LEY 41089/2010, que declara que: *«Respecto a las pruebas periciales la doctrina de esta Sala Segunda, SS. 13.2.2008, 5.12.2007, 6.3.2007, entre las más recientes, mantiene, que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba. No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba...»*. En el mismo sentido la STS de 29 Mar. 2010, S. 304/2010, LA LEY 34229/2010.

La prueba pericial no deja

Sin embargo, la prueba pericial no deja de ser una más de las que las partes pueden utilizar para acreditar sus respectivas pretensiones en el proceso, sin que pueda otorgársele naturaleza y/o un valor distinto. Ello sin perjuicio de

de ser una más de las que las partes pueden utilizar para acreditar sus respectivas pretensiones

tener en cuenta dos consideraciones. La primera que no cabe ninguna duda de que la pericia constituye un medio de prueba de especial trascendencia para la resolución de los pleitos. La segunda que en el proceso penal el Juez puede acordar la práctica de prueba pericial en la fase de instrucción con la finalidad de esclarecer los hechos objeto del proceso. Pero, esta es una característica de nuestro sistema procesal penal que debe desaparecer en pos de la igualdad de armas de las partes en el proceso. A ese fin resulta necesario que la actividad de investigación de los hechos se impulse por la acusación pública, mientras que el Juez de instrucción debiera limitarse a la función de garante de los derechos de todas las partes en el proceso. De todos modos, aunque la pericia pueda acordarse de oficio en la fase de instrucción únicamente podrá introducirse como prueba en el juicio oral a petición de cualquiera de las partes personadas.

2º El objeto de la pericial es el examen de hechos de interés en la causa. Estos hechos son designados por el que solicita el examen a partir del cual pueden y suelen descubrirse hechos nuevos.

No cabe ninguna duda de que mediante la prueba pericial se introducen hechos en el proceso, ya sea hechos que complementan o aclaran los que obran en la causa o bien hechos nuevos que se desprenden del análisis pericial de los hechos y circunstancias del hecho primario objeto de la pericia. Así es por cuanto los dictámenes periciales pueden ser de muy variado contenido y cumplir finalidades diversas. En este sentido, los dictámenes periciales pueden servir para: —aportar certeza sobre unos hechos concretos del proceso (mediante el análisis o reconocimiento de objetos, lugares o personas); —aportar reglas generales o máximas de la experiencia que permitan al Juez subsumir en ellas algunos hechos del proceso (mediante la exposición y explicación de aquéllas: Vg.. exposición de las causas y efectos de una determinada lesión, explicación de las medidas de seguridad exigidas para una determinada actividad, exposición sobre resistencia de determinados materiales o sobre fenómenos o reacciones físicas o químicas, etc.); —introducir hechos nuevos en el proceso como consecuencia del análisis o examen de hechos ya aportados (por ejemplo al detectar una causa de intoxicación o lesión distinta de la que aparecía aparentemente); descubrimiento de una causa distinta de una herida, lesión, unos daños determinados, una explosión, etcétera).

No se puede afirmar, por tanto, como hace el Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia citada anteriormente STS 5 Mayo 2010, S. 383/2010; Recurso: 10727/2009; LA LEY 41089/2010, que la prueba pericial no aporte aspectos fácticos, sino criterios de auxilio al órgano jurisdiccional. Lo que sucede es que mediante la prueba pericial se introduce una realidad fáctica que no es directamente aprehensible por el hombre ordinario. En muchas ocasiones no porque no tenga conocimientos técnicos, sino porque se trata de una realidad que se muestra en un lenguaje distinto al propio de los seres humanos. Piénsese en el análisis de ADN o en el de unos programas informáticos. El problema aquí no consiste en la falta de conocimientos técnicos del hombre común, sino en el distinto lenguaje, genético o informático, en el que se manifiesta una concreta realidad. Lo que resulta claro es que mediante la pericia se pueden aportar criterios de interpretación de hechos o bien directamente hechos que, de otro modo, habrían quedado ajenos al conocimiento y valoración en el proceso penal.

3º La pericia es un medio de prueba caracterizado por contener un criterio o interpretación científica y/o técnica de unos hechos que se introducen en el proceso mediante un informe pericial

que le corresponde al perito defender en el acto del juicio oral ante el Juez. Nótese que, conforme con la definición expuesta, el perito, que es el elemento personal, no deja de ser en gran medida un elemento fungible que sirve de transmisor del conocimiento científico-técnico al Juez. De modo que lo relevante de la prueba pericial es la aportación de conocimiento científico-técnico al proceso con la finalidad de acreditar en el proceso una realidad fáctica que de otro modo no podría ser revelada en el proceso.

El carácter científico-técnico de la prueba pericial constituye su principal característica

El carácter científico-técnico de la prueba pericial constituye su principal característica y distingue esta prueba del resto de las previstas en el ordenamiento procesal que se fundamentan en la declaración o exposición de documentos que dan cuenta al Juez de hechos de forma directa. En la pericial, sin embargo, lo que se aporta es la consecuencia que resulta de la aplicación de la ciencia a los hechos objeto de examen. Es por ello que el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto la importancia de exponer debidamente los principios, leyes científicas y técnicas empleadas por constituir, en realidad, el fundamento necesario del consecuente dictamen pericial: *«la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el*

origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1102/2007 (LA LEY 216871/2007) de 21 de diciembre)». STS Sala Segunda, de lo Penal, Auto 1395/2016 de 15 Sep. 2016, Rec. 1062/2016; Ponente: Marchena Gómez, Manuel. LA LEY 146001/2016.

4º Consecuencia de la naturaleza ordinaria de la pericia como medio de prueba es que su valoración se producirá libremente por el Juez junto con el resto de la prueba practicada (arts. 741, 973 LECrim y 348 LEC).

Efectivamente, el juzgador deberá valorar la prueba pericial libremente, conforme con los dictados de la razón y la lógica y con base en su intermediación material. No queda, por tanto, el Juez vinculado por el informe del perito, pudiendo prescindir de él al tiempo de efectuar la valoración de la prueba. Así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo: *«El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica —que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común—»* STS Sala Segunda, de lo Penal, Auto 1395/2016 de 15 Sep. 2016, Rec. 1062/2016; Ponente: Marchena Gómez, Manuel. (LA LEY 146001/2016).

A la libertad de valoración del Juez no se opone la especial naturaleza de este medio de prueba, en tanto que introduce en el proceso criterios técnicos para la valoración de los hechos controvertidos en el proceso. En este sentido, el perito aporta al proceso hechos y criterios de discernimiento respecto de hechos para cuya valoración se requieren conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos. Desde este punto de vista, el perito aporta una nueva perspectiva al conocimiento del Juez, pero sin que ello pueda implicar o suponer una fuerza vinculante de las conclusiones del

perito. En primer lugar, por la razón obvia que quien tiene la potestad de juzgar es, precisamente, el Juez. En segundo lugar, por una cuestión más práctica, por cuanto no obsta la valoración científica o técnica de los hechos para que existan distintas interpretaciones. Por esas razones, es indudable que no se puede negar al Juez el ejercicio de la valoración de la prueba pericial, en el marco del resto de hechos que hubieren resultado probados. De este modo el Juez puede prescindir totalmente del dictamen pericial. O si dictaminan varios peritos aceptar el resultado de alguno y desechar el de los demás peritos.

Finalmente, tampoco puede considerarse al perito una suerte de colaborador del Tribunal por cuanto entenderlo así significaría desnaturalizar la naturaleza de medio de prueba de la pericial para considerarla una suerte de auxilio técnico judicial que se opone a: 1º La naturaleza de medio de prueba de parte que tiene la pericial como cualquier otro medio de prueba. 2º Las atribuciones que tiene en el Tribunal para valorar la prueba y dictar una sentencia conforme con su propio criterio. Respecto a esta última consideración no cabe ninguna duda, como se ha expresado con anterioridad que la valoración de cualquier medio o clase prueba le corresponde en exclusiva al Juez con independencia de que el informe que el Juez tenga en cuenta para fundar el fallo lo haya realizado el perito designado judicialmente, un laboratorio oficial o un perito de parte. En este sentido se expresa, con claridad el Tribunal Supremo que admite la posibilidad de apartarse de cualquier clase de informe pericial que se haya aportado al proceso, incluyendo el del médico forense, aunque para ello sea necesario motivar el criterio valorativo, sin que sea suficiente con un mero argumento formal: *«Es indudable, por otra parte, que el órgano jurisdiccional puede apartarse del dictamen médico-forense. Pero el razonamiento por el que se rechaza el valor probatorio del dictamen técnico sobre la etiología de las heridas padecidas por Celsa no puede limitarse a proclamar que, pese a lo que expresa el médico, ese testimonio constituye una "... corroboración objetiva del testimonio de la víctima"»*. STS 25 Jun. 2010, S. 648/2010, LA LEY 114096/2010. Ello sin perjuicio de que en la práctica forense se presume una inicial mayor objetividad a favor de los peritos designados judicialmente, los médicos forenses o los informes de los laboratorios oficiales.

PREGUNTAS CON RESPUESTA



La prueba de oficio y defensa de los consumidores: ¿quiebra del derecho a un juez imparcial?

Juan Manuel SÁNCHEZ FREYRE

Licenciado en Derecho y en Antropología Social y Cultural. Juez sustituto

Resumen

Según el autor, la jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Ello permite que el juez de oficio realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite.

I. La europeización del derecho privado

La integración europea ha supuesto modificaciones sustanciales en el sistema de fuentes del Derecho y está haciendo evolucionar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión hacia una progresiva aproximación legislativa que va cobrando paulatinamente mayor trascendencia práctica con la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este evolución queda legitimada por la cesión de soberanía aceptada por los Estados miembros a la Unión Europea y que se plasma en los Tratados fundacionales que España ha ratificado y de la que es miembro de pleno Derecho.

La primacía del Derecho de la unión y la concepción unitaria de la función jurisdiccional para su aplicación supone la inclusión en la estructura funcional europea de los diversos organismos nacionales que deben apreciarla, entre los que se sitúan los órganos judiciales de cada uno de los Estados, con primacía en el vértice jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a cuyas resoluciones deben someterse todos los jueces y tribunales nacionales, como parte de la concepción jurídica unitaria establecida en los tratados.

El Derecho es el principal instrumento de realización de los objetivos de la Unión Europea, que son principalmente la integración económica y política, además de la protección de los derechos fundamentales. La consecución de estos objetivos se ha de llevar a cabo a través de la uniformización y armonización de los diversos ordenamientos jurídicos. En este aspecto, el Tribunal de Justicia ha tenido y tiene un papel clave para el desarrollo del proceso de unificación, a través de la interpretación de la normativa de la Unión Europea, tanto originaria (Tratados) como derivada (Directivas, Reglamentos y Decisiones). La jurisprudencia del TJUE ha permitido definir conceptos jurídicos y ha sido determinante en el avance en los diversos ámbitos de las competencias que tiene atribuidas la Unión, ya de forma exclusiva, ya compartida (art. 3 TFUE).

El ser directamente aplicables muchas de las disposiciones del derecho comunitario constituyen una de las especificidades de su función normativa

La naturaleza directamente aplicable de buena parte de las disposiciones del derecho comunitario constituye una de las especificidades de su función normativa, dada la coexistencia del ordenamiento jurídico europeo con los de los diversos Estados. Así, bajo los principios de primacía y efecto directo, se pretende garantizar una aplicación uniforme del derecho comunitario y garantizar su efecto útil, lo que se completa con el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, que permite exigir a cualquier ciudadano perjudicado la indemnización de los daños y perjuicios que le pueda causar la inaplicación del derecho europeo en cada caso concreto, de los que debe responder directamente el Estado nacional del que forma parte.

En este sentido es significativa la Exposición de Motivos del Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE de 6 de julio de 2013), que dice lo siguiente: «La adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1986 produjo un cambio fundamental en el ordenamiento jurídico español, toda vez que las normas del Derecho comunitario pasan a integrarse en nuestro sistema de fuentes del Derecho. Desde ese momento, España, como Estado miembro, queda obligada a aplicar el Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con los principios de primacía y efecto directo».

Es importante destacar que las administraciones nacionales, incluidas por supuesto los Jueces y Tribunales, son a la vez órganos de la Unión en el proceso de aplicación del Derecho europeo, con lo que tienen una naturaleza híbrida, de alcance no solo nacional sino también europea de gran trascendencia práctica. Así, incumbe al juez nacional por ejemplo dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva y aparejar a la declaración de abusividad las consecuencias correspondientes, es decir, tenerla por no puesta, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una reclamación en la que solicite su nulidad.

Como se ha señalado, para la consecución del objetivo de integración económica y política,

principal objetivo de la Unión Europea, es necesaria la aproximación de los diferentes ordenamientos jurídicos de los países miembros. Esta uniformización jurídica se ha de llevar a cabo por diversas vías, no excluyentes, ya sea mediante la armonización de legislaciones (Directivas) o por medio de sustitución de las normas nacionales por las europeas (Reglamentos), ya por eliminación de los obstáculos que dificultan en el ejercicio de las libertades proclamadas en los tratados (armonización negativa).

Si bien en principio el derecho procesal queda al margen de la capacidad normativa directa de las fuentes del Derecho de la Unión, puesto que ésta no tiene competencia al respecto, es evidente que sin un derecho procesal eficaz los ciudadanos no tienen posibilidad de defender los derechos que el legislador europeo les reconoce. Por ello, el derecho procesal nacional debe cumplir los requisitos establecidos como principios de efectividad y equivalencia, tal como han sido desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a fin de conseguir la aplicación efectiva del Derecho comunitario, a cuyo objeto los diversos Estados miembros pueden determinar los cauces procesales que consideren convenientes, siempre y cuando las vías para garantizar que la tutela de los derechos del ordenamiento jurídico comunitario para los particulares no es menos favorable que la relativa al derecho interno ni hacen imposible o excesivamente difícil su ejercicio.

La trascendencia de las recientes sentencias del TJUE sobre cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles sobre cláusulas abusivas (STJU de 21 de diciembre de 2016, asuntos C-154/15, 307/15 y 308/15) sobre la limitación temporal de los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial de abusividad en contratos con consumidores por aplicación de la Directiva 93/13 es manifiesta. Aquí es preciso distinguir entre la aplicación de una regla procesal, como es el plazo de prescripción, de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de la norma de Derecho de la Unión.

El art. 114 TFUE prevé la aplicación de sus disposiciones para la consecución de los objetivos del art. 26 para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior y el art. 169 establece que «Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores», sin perjuicio de que los Estados miembros adopten medidas de mayor protección.

Tal como dice el Abogado General en sus conclusiones presentadas el 30 de noviembre de 2006 (Asunto C-432/05), «corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades procesales de los recursos en la vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el Derecho comunitario, siempre que estas normas no sean menos favorables que las correspondientes a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hagan imposible en la práctica el ejercicio de tales derechos (principio de equivalencia)». El TJUE declaró (Sentencia Rewe) que el Tratado no se propuso crear vías jurisdiccionales nacionales diferentes de las establecidas en el Derecho nacional, dado que el sistema de protección jurídica implantado supone que cualquier acción contemplada en el Derecho nacional debe poder ejercitarse para garantizar el respeto de las normas comunitarias de efecto directo. Así, a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales, siempre que no sean menos favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna. En todo caso, se ha de respetar el principio de tutela judicial efectiva, que si bien no queda enunciado en los Tratados, sí se halla inserto en la totalidad de las tradiciones constitucionales y ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

II. Afectación de la integración jurídica europea al derecho procesal de los estados miembros

A pesar de que el derecho procesal queda expresamente excluido de la capacidad normativa directa de las fuentes del Derecho de la Unión, puesto que ésta no tiene competencia al respecto, el control de oficio en el enjuiciamiento de los casos concretos de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional por los tribunales se constituye en una verdadera obligación para el juez nacional, que debe ejercitar tan pronto disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios por medio de los cauces procesales oportunos previstos en los diversos Derechos nacionales (STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto Banif Plus Bank Zrt).

Sin un derecho procesal eficaz los ciudadanos no tienen posibilidad de defender los derechos que el legislador europeo les reconoce

Por ello, sin un derecho procesal eficaz los ciudadanos no tienen posibilidad de defender los derechos que el legislador europeo les reconoce. Por ello, el derecho procesal nacional debe cumplir los requisitos establecidos como principios de efectividad y equivalencia, tal como han sido desarrollados por el TJUE.

El control judicial de la abusividad de las cláusulas en contratos concertados con consumidores, determinado por la Directiva 93/13 y art. 87 LGDCU, que se corresponde con el carácter tuitivo derivado de la desigual posición de las partes en el contrato concertado entre un profesional y un consumidor o usuario, da lugar a que el juez deba entrar de oficio a analizar el contrato, realizando un control de incorporación además de un control de transparencia, incluso si puede provocar un desequilibrio entre precio y prestaciones. La doctrina del TJUE en este sentido es consolidada (SSTJUE 30 de abril de 2014 y 23 de abril de 2015). Así lo plasman, por ejemplo los arts. 552.1 LEC para la ejecución y 815.4 LEC en el caso del juicio monitorio). El carácter imperativo del control judicial de oficio se debe a la marcada situación de inferioridad de los

consumidores respecto del profesional con el que contratan. Tal como tiene dicho el Tribunal de la Unión, para restablecer el equilibrio entre las partes, el juez debe compensar mediante su intervención la situación planteada, no siendo imprescindible la alegación por el consumidor de la aplicación del art. 6.1 de la Directiva europea 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril. En particular, en la sentencia AZIZ, se dice que «tan pronto como el juez disponga de los elementos de hecho y de derecho, adoptando las diligencias de prueba necesarias» en el juicio monitorio, que queda desnaturalizado, siempre y cuando no se obvien las exigencias de contradicción.

Por su parte, el TS en la STS 705/2015, de 23 de diciembre, se cuestiona los principios de justicia rogada e incongruencia por alteración de la *causa petendi*, ya que en la medida en que es necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad se interese, no es preciso que el proceso civil se ajuste formalmente, a modo de ejemplo, en la estructura de recursos, ni que se acomode exactamente el fallo al *petitum* de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas. Y sobre dicha base, Tribunal recuerda que la correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las

partes, puesto que el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo *iura novit curia* siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión.

Es manifiesta por tanto la intención del Alto Tribunal de flexibilizar las normas procesales, en este caso, para justificar la falta o insuficiencia de alegaciones del consumidor para suplirlas con una «defensa» de oficio por el tribunal extendiendo los límites del principio de congruencia entre lo pedido y lo juzgado, dada la exigencia e imperatividad del control de oficio de las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores. En este sentido, debe recordarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), ha declarado reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello», por dos argumentos básicos. El primero tiene base en una razón de justicia material, atendida la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, caso BANESTO contra Imanol Teodulfo) pues la situación de inferioridad del consumidor motiva que el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe por tanto apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. En segundo lugar, esta exigencia de control de oficio tiene un objetivo de política general, manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas (STJUE de 26 octubre 2006, asunto Mostaza Claro): «...dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores...». La jurisprudencia europea es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Las sentencias del TJUE permiten que el juez —aun sin alegación de las partes— realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite (SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 —VB Pénzügyi Lízing— apartado 56; de 14 de junio 2012 —Banco Español de Crédito S.A.— apartado 44; de 21 de febrero de 2013 —Banif Plus Bank Zrt— apartado 24; y de 14 marzo 2013 —Ruben Roman— apartado».

De esta sentencia, especialmente clara al respecto, podemos deducir que la obligatoriedad del control judicial *in limine litis* en los contratos celebrados con consumidores alcanza incluso a la prueba, tan pronto disponga el juez de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para su análisis, de modo que quede compensada la situación objetiva de desequilibrio entre consumidor y profesional mediante una intervención positiva y ajena a las partes contractuales. Así, la tutela del consumidor se impone a cualquier previsión procesal limitativa de tal cuestión de derecho imperativo, siempre que queden a salvo el principio de audiencia y contradicción, incluso sin alegación de parte, a fin de llevar a cabo los controles de inclusión, transparencia y abusividad «al margen del procedimiento o fase en que se suscite».

La trascendencia de tales postulados es evidente, pudiendo afirmarse que no solo el juez puede acordar de oficio pruebas que le permitan contar con más elementos de juicio para declarar la abusividad de las cláusulas, sino que es su deber (STJUE de 9 de noviembre de 2010 asunto C-137/08 Pénzügyi Lizing): «Mediante esta cuestión, redactada en términos muy generales, el órgano jurisdiccional remitente trata de determinar las responsabilidades que le incumben, en virtud de las disposiciones de la Directiva, a partir del momento en que éste se interroga acerca del carácter eventualmente abusivo de una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva. Dicho órgano jurisdiccional pregunta en particular si, en tal situación, el juez nacional tiene la obligación de acordar de oficio la práctica de la prueba con el fin de determinar los elementos de hecho y de Derecho necesarios para apreciar la existencia de una cláusula de ese tipo, cuando, conforme al Derecho nacional, las pruebas sólo pueden practicarse a instancia de parte». Pues bien, el TJUE (Gran Sala), declara lo siguiente: «El juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en el contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula». Puede incluso afirmarse que no existen límites ni de procedimiento ni de plazos para la consecución de objetivo de protección de los consumidores.

No cabe por tanto duda alguna en cuanto a la atribución de habilitación al juez para que al realizar el control de oficio de cláusulas abusivas pueda acordar de oficio la práctica de las diligencias de prueba que considere útiles y pertinentes a tales efectos. El paralelismo con lo dispuesto en el art. 770.4.º LEC es manifiesto, toda vez que permite al juez igualmente «acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable», si bien en este caso tal atribución de competencia de iniciativa judicial viene justificada por el interés superior del menor, que a estos efectos se equipara con el del consumidor, que merece ser protegido por su situación de vulnerabilidad respecto del objetivamente potente profesional con el que contrata.

La iniciativa de la actividad probatoria puede ostentarse de forma excepcional al el tribunal, permitiéndole acordar de oficio la práctica

Tal como prevé el art. 282 LEC, la iniciativa de la actividad probatoria puede ostentarla de forma excepcional el tribunal, permitiéndole acordar de oficio la práctica de determinadas pruebas, cuando así lo establezca la ley. Ello supone una excepción al principio de justicia rogada proclamado en el art. 216 LEC y de distribución de la carga de la prueba que prevé el art. 217 LEC. Tales son los casos en los que se determina legalmente la inversión de la carga de la prueba como el previsto para los casos de discriminación por razón de sexo, introducido por la Ley Orgánica 3/2007, por ejemplo.

La posibilidad de práctica de prueba acordada de oficio, como excepción, se contempla también para los procesos de impugnación de filiación (Art. 339.5 LEC), suspensión de obra nueva (art. 441.2 LEC), lo que parece justificado por el interés público que puede tener la cuestión sometida a juicio del tribunal.

Al respecto, especial mención merece la previsión de iniciativa probatoria de oficio para los procesos especiales, como son los de familia (art. 752.1 LEC),

de determina das pruebas

capacidad de las personas (761 LEC), derivada del carácter tuitivo que los menores o incapaces cuyo interés debe ser protegido, además de ser defendidos por el Ministerio Fiscal, cuya intervención es preceptiva (art. 749 LEC). En este interés de protección reside la expresada posibilidad de acordar prueba de oficio por el tribunal, justificada por la situación de debilidad del interés jurídico

protegido, equiparándose los menores e incapaces a los consumidores cuando contratan con un profesional.

III. Los elementos de prueba que pueden permitir la eventual declaración de abusividad

Se sigue de lo antes expuesto que la prueba a practicar de oficio no ha de entenderse limitada a la documental, si bien en estos casos será la principal forma de acreditación de la eventual abusividad del contrato en el que ha intervenido un consumidor, ya sea para realizar el control de incorporación como el control de transparencia, ya que las cláusulas se hallan recogidas en el contrato que, aunque podría ser verbal, se plasma en un documento, generalmente papel, aunque también puede estar contenido en un soporte digital.

El momento procesal para acordar la práctica de la prueba, esto es, aportación de la documental y su valoración dependerá del procedimiento en que se produzca la controversia. En el caso del juicio monitorio, en el plazo de audiencia de cinco días a las partes que prevé el art. 815.4 LEC, no siendo necesaria la asistencia letrada en dicho trámite. Como es fácil sospechar, dada la especialidad del procedimiento monitorio, en que basta la mera oposición, para la que sí es preciso contar con abogado y procurador según la cuantía, para que el trámite devenga en el juicio declarativo correspondiente, juicio verbal o procedimiento ordinario, no será fácil que las alegaciones del deudor se viertan en ese momento, postergándose al momento procesal oportuno del procedimiento subsiguiente.

En el caso de que se acuerde la prueba pericial, se plantea el problema de su pago, puesto que al ser acordada de oficio, las partes no han de cargar con tal coste procesal, debiendo ser el Estado el que sufrague los honorarios del perito, al igual que en el proceso penal. Esta prueba pericial puede ser decisiva en algunos casos, pues a menudo se trata de dilucidar si el consumidor ha sido debidamente informado y pudo o no haber comprendido suficientemente todas las obligaciones que asumía al contratar con un profesional una compraventa o un servicio.

A tal efecto, puede ser un elemento determinante la realización de una prueba preconstituida, modalidad de la anticipada prevista en los arts. 293 ss. LEC, en cuanto a que tiene su justificación en la imposibilidad de reproducción en el acto del juicio, siempre y cuando cumpla con las condiciones que vienen siendo fijadas por la jurisprudencia, esto es, los presupuestos de legalidad, al tratarse de un acto de especial relevancia para llevar a la convicción del tribunal respecto de los hechos alegados. Su valor probatorio quedará condicionado por el cumplimiento de las garantías procesales que determinan la licitud del medio y la incorporación al proceso en el momento oportuno, de manera que pueda ser valorada por las partes y finalmente por el juez, pues no puede perderse de vista que el requisito de contradicción que prevé el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales (art. 6.3 d) y tiene establecida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El cumplimiento de requisitos administrativos fijados por el Banco de España en el caso de

contratos bancarios puede ser un elemento fundamental en la acreditación o no del conocimiento por el consumidor de los términos financieros y de responsabilidad que se aceptan con su suscripción. A modo de ejemplo sirva al respecto la normativa que exige el art. 6.2,a) de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, la expresión manuscrita cuando se constituya hipoteca como una vivienda y se establezcan limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de cláusulas suelo y techo o lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo o se denomine el préstamo en una o varias divisas.

Cobra una especial trascendencia la prueba pericial caligráfica, siempre que el documento o no se haya incluido en una escritura notarial

En esta materia cobra una especial trascendencia la prueba pericial caligráfica, siempre que el documento no se haya incluido en una escritura notarial, ya que la autoría ha de ser acreditada en el acto del juicio, para poder probar el conocimiento de las condiciones convenidas en las cláusulas del contrato. En este sentido la STS de 8 de septiembre de 2014 recalca que el documento manuscrito por el prestatario, en los términos señalados por el Anexo 9 de la guía de acceso al préstamo hipotecario del Banco de España, debe unirse, junto con la oferta vinculante o la tasación a la escritura, sin que el fedatario intervenga en el mismo. Así, la redacción del manuscrito debe incardinarse en el ámbito propio del control de transparencia en la contratación seriada, independientemente del consentimiento contractual del adherente plasmado en la escritura, pues la intención del legislador es la de reforzar la prueba de la comprensión del deudor, con una expresión manuscrita que se une a la matriz de la escritura, con objeto de acreditar que el consumidor conoce el alcance de las implicaciones del contrato que suscribe (Resolución DGRN de 22 de enero de 2015). La finalidad de esta previsión legal es la aseveración de la capacidad

personal, diferente en cada individuo, de manera que no puede ser expresada por un representante, fuera de los casos de representación legal. En todo caso, el manuscrito puede servir como alerta para la parte débil del contrato, el consumidor, así como garantía para la parte fuerte, el profesional, de manera que el deudor no podrá alegar que desconocía el contenido, generando dudas respecto de las personas que escriben con dificultad, más allá del teórica saber leer y escribir, además del caso de las personas que no dominan la lengua en que está escrito el documento, siendo por otra parte el texto predeterminado invariable, previsto como general, a veces no aplicable íntegramente al préstamo en particular a que se refiere.

IV. Conclusiones

La excepcionalidad que supone acordar por el juez la práctica de prueba de oficio, como quiebra del principio de justicia rogada y de alegación de parte, previsto para situaciones de defensa de menores por ejemplo, se extiende de forma progresiva a otros ámbitos del Derecho procesal, sin que comporte incongruencia de la resolución por alteración de la *causa petendi*, pues el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo *iura novit curia* (STS de 23 de diciembre de 2015, Recurso 2658/2013).

La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción, pues permite que el juez, aun sin alegación de las partes, realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad,

al margen del procedimiento o fase en que se suscite (SSTJUE 14 de marzo de 2013 Ruben Roman). Ello alcanza tanto a los procedimientos declarativos como a los de ejecución o al monitorio.

Cabe preguntarse hasta dónde llega la iniciativa probatoria del juez, una vez acordada la práctica de la prueba concreta, puesto que ante la posible inactividad de las partes, en particular del consumidor demandante o demandado e incluso en ejecución o en vía de recurso, tiene una labor de sustitución o complementación. Es manifiesto que debe suplir la eventual pasividad procesal del consumidor, a quien ha de defender en todo caso, como se ha visto. Supone ello una evidente parcialidad, justificada por la debilidad teórica de una de las partes de la relación contractual, una potenciación de la parte procesal ostentada por el consumidor, a la que se suma el juzgador. Con ello se convierte al juez a la vez en su defensor, por mor de su obligación de aplicación del Derecho y, como se ha dicho, en su calidad de garante de la supremacía del derecho europeo que como órgano de la Unión ostenta.

V. Bibliografía

— ARROYO AMAYUELAS, Esther. «El proceso de Armonización legislativa en materia civil (Derecho sustantivo): un balance que tiene como protagonista el Derecho contractual», en «Crónica de Derecho privado europeo» en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 2005, págs. 212-218.

— GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Los Principios Lando», en Bosch Capdevila, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Barcelona, Bosch, 2009, págs. 151 ss.

— GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., «El control de oficio de las cláusulas abusivas. El Juez como garante de la protección del consumidor», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid ISSN 1695-1085, n.º 26, enero-junio 2014, págs. 313-328.

— SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional», en *Revista de Derecho privado europeo* (49), Granada, Comares, 2002, págs. 39-74.

— ZIMMERMANN, Reinhard, «El Legado de Savigny. Historia del Derecho. Derecho comparado y nacimiento de una ciencia jurídica europea», en *Estudios de Derecho Privado*. Madrid, Civitas, 2000, págs. 26 ss.