

## EFFECTOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL PROCESO CIVIL INTERNO

Mercedes SERRANO MASIP  
*Universidad de Lleida*

**Resumen:** La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de protección de los derechos de consumidores y usuarios está teniendo una gran repercusión en los sistemas procesales civiles internos. Partiendo de la base de que la desigualdad económica y jurídica de los contratantes no sólo existe en el plano extrajudicial sino que se mantiene durante el proceso, el TJUE afirma que la intervención de oficio de los órganos jurisdiccionales nacionales es la única medida que permite superarla. Como resultado de esta argumentación, el sistema procesal civil español está siendo sometido a importantes modificaciones. El elemento clave de ese fenómeno es el sentido que en determinados asuntos se otorga al principio de efectividad como límite a la autonomía procesal de los Estados miembros. De ahí que, con el fin de evitar que el deber de actuar de oficio de los órganos jurisdiccionales nacionales se convierta en ilimitado afectando a los fundamentos del proceso civil interno, el control tendente a garantizar la aplicación del derecho UE, así como a la efectividad de la tutela judicial de los derechos que en el se consagran, debería efectuarse atendiendo a los principios que inspiran el concreto sistema procesal nacional.

**Palabras clave:** TJUE; autonomía procesal; principio de efectividad; consumidores; proceso civil.

**Summary:** The European Court of Justice (ECJ) case law relating to the protection of consumer rights is having a significant impact on the domestic civil procedural systems. Bearing in mind that the economic and legal inequality between consumers and professionals manifest itself in extra-judicial and judicial levels, the ECJ points out that the court's duty to intervene ex officio is the most convenient solution. The Spanish civil process provides a clear example of a system being transformed as a result of some landmark ECJ judgements which apply such solution. A key element of this phenomenon lies in the meaning and extension given to principle of effectiveness as a limit of procedural autonomy of the member countries. In fact, with the aim of ensuring the rights conferred by Directives on consumer law, there has been observed a tendency to strength the ex officio court's powers. However, this tendency is inherently contrary to the basis of the Spanish civil procedural system. Therefore, the effectiveness must be applied by taking into consideration the basic principles of the domestic judicial system.

**Keywords: Key words:** ECJ; procedural autonomy; principle of effectiveness; consumers; civil procedure law.

### 1. Introducción

Este trabajo se aborda desde la inquietud suscitada ante la trascendental incidencia que las resoluciones del TJUE están teniendo en la interpretación, aplicación y reforma del proceso civil interno. La necesidad de analizar y comprender ese fenómeno no surge a modo de una reacción contraria a los principios que informan el Derecho UE, con base en los cuales se articula su relación con los derechos nacionales. Las reglas ya están establecidas por lo que debe partirse de la primacía del Derecho UE y del "efecto útil" del efecto directo de las directivas sobre el derecho orgánico y procesal interno. Por consiguiente, ha de asumirse que la autonomía procesal de los Estados miembros no debe ser considerada un valor absoluto, no siendo razonable su invocación sin dar razones, ya que ello supondría contravenir el principio de cooperación leal. Tampoco debe ignorarse que cuando del estudio del Derecho UE se trata, la distinción entre derecho sustantivo y derecho procesal no debe basarse en categorías jurídicas propias de los derechos nacionales.

La responsabilidad de conocer cuáles son los cimientos en los que se apuntala la estructura de una comunidad de derecho creada mediante la vía de la integración, como es la UE, no excluye el que se lleven a cabo análisis de sus repercusiones sobre un sistema procesal civil de los Estados miembros. Son estos últimos quienes han ostentado y ostentan la competencia respecto de esa rama de la ciencia jurídica, habiéndose concedido a la UE determinadas atribuciones sobre cooperación judicial civil en los términos del art. 81 TFUE. Sin embargo, a través de las sentencias dictadas por el TJUE resolviendo cuestiones prejudiciales en las que se plantea la compatibilidad de normas procesales nacionales con directivas, en las que únicamente se prevén normas sustantivas, se está ampliando el campo jurídico en el que operan las instituciones europeas sobre los ordenamientos jurídicos nacionales.

El sistema procesal que es objeto de nuestra atención es el presidido por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) el cual, desde hace ya bastantes años, está sujeto a una incesante transforma-

ción como consecuencia del deber impuesto a los órganos jurisdiccionales internos de actuar *ex officio* en orden a garantizar la efectividad de los instrumentos normativos UE referentes a la protección de los derechos e intereses de consumidores y usuarios. Tras exponer, en primer lugar, la jurisprudencia del TJUE acerca del significado de la autonomía procesal de los Estados miembros y los límites que determinan su alcance, este artículo dedica sus restantes apartados al examen de las trascendentales repercusiones que uno de dichos límites, esto es, el principio de efectividad está teniendo tanto respecto de la tramitación de procesos declarativos y de ejecución, como sobre principios e instituciones jurídico-procesales que condicionan el ejercicio de la tutela jurisdiccional.

## 2. Autonomía procesal de los Estados Miembros y sus límites

Uno de los razonamientos que se repite en cada una de las resoluciones dictadas por el TJUE que van a ser analizadas en este trabajo es el consistente en poner de manifiesto que, si bien los Estados miembros han de colaborar activamente en orden a asegurar el cumplimiento del derecho UE en su territorio, debe respetarse su autonomía institucional y procesal. Ello significa que corresponde a los ordenamientos jurídicos nacionales configurar tanto la organización jurisdiccional como el sistema de procesos y recursos. Son dos instrumentos indispensables en orden a permitir la interpretación y aplicación de la normativa europea de índole sustantiva reguladora de una considerable diversidad de relaciones civiles y mercantiles que cotidianamente entablan los ciudadanos europeos.

No obstante, la autonomía procesal no es absoluta sino que se halla sujeta a dos límites. El primero viene impuesto por el principio de equivalencia de acuerdo con el cual los derechos reconocidos por una norma de la UE no han de ser tutelados en los Estados miembros de forma menos favorable que los derechos con objeto análogo consagrados por los respectivos ordenamientos internos. El segundo límite deriva del principio de efectividad que vela por que el ejercicio y la salvaguarda de los derechos conferidos por una norma de la UE sean, plenamente, garantizados por los Estados miembros<sup>1</sup>.

Los tres principios citados constituyen unos elementos trascendentales para la aplicación del derecho de la UE, pues permiten que la primacía y la eficacia directa, así como, la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción de dicho derecho desplieguen las consecuencias jurídicas que les son propias. A su vez, los principios de autonomía procesal, equivalencia y efectividad contribuyen a concretar el contenido del principio de cooperación leal en virtud del cual los Estados miembros asumen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para dotar de eficacia a las normas de la UE (art. 4.3 TUE). Esta obligación se impone a los tres poderes estatales: legislativo, ejecutivo y judicial. Pero si bien la influencia respecto del legislador nacional es mediata, el Juez nacional se halla en la primera línea de intervención cuando se le generan dudas acerca de si la norma procesal interna que ha de aplicar es compatible con el derecho de la UE. La responsabilidad de hallarse en esa circunstancia comporta el haber de tomar una decisión razonada acerca de si se ha planteado, en todo caso, una cuestión de prejudicialidad o, si por el contrario, la ya abundante jurisprudencia del TJUE ofrece pautas suficientes para resolver el conflicto. Es más, el convencimiento de la necesidad de suspender el proceso y remitir al TJUE una cuestión prejudicial ha de formarse una vez se hayan agotado las posibles interpretaciones conformes de la norma nacional y ha de plantearse con responsabilidad poniendo en conocimiento del TJUE todos los datos para que la decisión que dicte sea razonable<sup>2</sup>.

El significado y alcance de los principios de autonomía procesal, equivalencia y efectividad han experimentado, desde que son formulados por la jurisprudencia del TJCE hasta la actualidad, una evolución que es sistematizada por la doctrina en tres períodos. En ellos se hace patente la paulatina integración europea, así como el control que el TJCE ejerce, en un inicio, sobre la aplicación descentralizada del derecho comunitario en orden a conseguir una aplicación uniforme del mismo y que se va inclinando con el tiempo hacia un examen más detenido del grado de protección judicial nacional a

1 Sobre la autonomía procesal y el grado en que la misma es limitada por los principios de efectividad y equivalencia, vid., entre otros, Mangas Martín, A. y Liñán Noguera, D. J. (2014): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 8ª ed. Tecnos. Madrid, pp. 425-431; Rodríguez Iglesias, C. (2001): "Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario". *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, pp. 10-20; Gutiérrez Espada, C., Cervell Hortal, Mª J., Piernas López, J. J. y Garcandía Garmendia, R. (2012): *La Unión Europea y su Derecho*. Trotta. Madrid, pp. 217-219; Galetta, D.-U. (2009): *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*. Giappichelli editore. Torino, en esp. pp. 9-39 y Couronne, V (2010): "L'autonomie procédurale des états membres de l'Union Européenne a l'épreuve tu temps". *Cahiers du droit européen* 46 (3-4), pp. 284-287.

2 La complejidad de la actuación del Juez nacional debido al elevado número de deberes a los que ha de hacer frente es subrayada por Temple Lang, J. (2006): "The Principle of Loyal Cooperation and the Role of the national Judge in Community, Union and EEA Law". *Era Forum* 7 (4), pp. 476-477.

los derechos subjetivos consagrados en el derecho primario de la UE, en particular en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)<sup>3</sup>.

El primer período de la evolución mencionada tiene su punto de partida en dos sentencias del TJCE de la misma fecha, 16.12.1976, as. C-33/76 *Rewe* y as. C-45/76 *Comet BV*. En esa época, la jurisprudencia del TJUE se caracteriza por una mínima interferencia en las normativas nacionales, siendo la regla la aceptación de los estándares de protección jurisdiccional dispuestos en tales normativas, así como sus formas y procedimientos. Sobre la base del principio de cooperación, ambas resoluciones imponen a los órganos judiciales de los Estados miembros el deber de garantizar el efecto directo de las disposiciones de derecho comunitario asegurando a los justiciables la protección jurídica que de ellas se deriva. Dichos tribunales han de aplicar, en ausencia de normas armonizadoras de naturaleza orgánica y procesal, los preceptos instituidos por sus respectivos ordenamientos internos. No obstante, lo anterior no implica que el TJCE no analice los diversos medios configurados por los legisladores nacionales desde la perspectiva de la efectividad del derecho comunitario. Tal análisis lo lleva a cabo con la ayuda de dos criterios ya mencionados. Uno de ellos, que en este período es el predominante, es el que pasará a conocerse como principio de equivalencia o de no discriminación, de conformidad con el cual las vías judiciales a través de las cuales se ejercen las acciones basadas en la normativa comunitaria no pueden ser menos favorables que las establecidas para la tramitación de las acciones análogas fundadas en la normativa nacional. El segundo criterio, que será designado con el nombre de principio de efectividad, se formula empleando términos muy amplios por lo que su trascendencia queda reducida a los supuestos en los que los procesos nacionales son muy deficientes. De modo, que la alegación por el justiciable, o la duda del Juez nacional, consistente en afirmar, o en preguntarse, que las modalidades procesales internas son o pueden ser un obstáculo a la eficacia directa del derecho comunitario sólo debe ser admitida si aquellas convierten en "prácticamente imposible" el ejercicio de los derechos que les son reconocidos<sup>4</sup>.

No obstante, ya durante el primer período, el TJCE dicta algunas sentencias donde sienta las bases que van a dirigir su jurisprudencia hacia unas tendencias decididamente intervencionistas. En ellas subraya que corresponde al Juez nacional garantizar la eficacia de las normas de Derecho comunitario de tal manera que si las normas internas resultan un impedimento para lograrla debe inaplicarlas. Esta afirmación se efectúa con carácter general, sin distinguir tipos de normas, por lo que la inaplicación puede tener por objeto no solo normas de derecho material, sino también preceptos de derecho orgánico y procesal<sup>5</sup>.

Tal orientación se consolida en el segundo período marcado por un control más incisivo del nivel de protección jurisdiccional que los sistemas nacionales ofrecen a los derechos creados por la normativa comunitaria. Son diversos los factores que contribuyen al activismo judicial del TJCE, aunque a los efectos de este estudio cabe subrayar el aumento del número de asuntos sobre los que debe pronunciarse relativos a los derechos que la normativa comunitaria reconoce a consumidores y trabajadores. Pero el instrumento que, realmente, facilita la intervención del TJCE es el nuevo alcance que se da al principio de efectividad. Ya no basta para concluir que la legislación procesal nacional permite la adecuada tutela judicial de los derechos sancionados por la normativa comunitaria el hecho de que aquella no haga "prácticamente imposible" el ejercicio de los citados derechos, sino que el TJCE queda también legitimado para comprobar si la legislación nacional convierte tal ejercicio en "excesivamente difícil"<sup>6</sup>.

3 Pueden consultarse al respecto Dougan, M. (2011): "The vicissitudes of life at the coalface: remedies and procedures for enforcing union law before the national courts", en Craig, P. y Búrca, G. *The evolution of EU law*. Second edition. Oxford University Press. Oxford, pp. 407-438; Arnall, A. (2011): "The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: An Unruly Horse?" *European Law Review* 1, pp. 51-56; y Couronne, V.: "L'autonomie procédurale des états membres de l'Union Européenne a l'épreuve du temps", cit., pp. 291-301.

4 Vid. sentencias del TJCE de 16.12.1976, as. C-33/76 *Rewe* (ap. 5); de 16.12.1976, as. C-45/76 *Comet BV* (ap. 16) y de 10.07.1980, as. C-826/79 *Mireco* (ap. 13). En la primera de las resoluciones citadas se formula la regla, seguida por las posteriores, según la cual a falta de medidas de armonización, los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario deben ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según las modalidades procedimentales establecidas en las normativas nacionales. Esta regla sólo puede ser excepcionada si esas "modalidades y plazos hicieran imposible en la práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar".

5 Esta tendencia del TJCE se hace patente, por ejemplo, en la sentencia de 16.01.1974, as. C-166/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf* donde, después de explicar la finalidad de la cuestión prejudicial, incidiendo en que es un medio puesto a disposición del Juez nacional mediante el que puede hacer frente a las dificultades emanadas del sistema orgánico y procesal interno para dar plenos efectos al Derecho comunitario, concluye que puede ser planteada por cualquier órgano judicial, con independencia del lugar que ocupe en la organización jurisdiccional y de la fase procesal que esté sustanciando (ap. 2); y, también, en la sentencia de 9.03.1978, as. C-106/77 *Simmenthal* en la que tras puntualizar que el Juez nacional es el encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario agrega que "está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional" (ap. 24).

6 Se suelen citar como ejemplos las SSTJCE de 19.06.1990, as. C-213/89 *Factortame I*; de 25.07.1991, as. C-208/90 *Emmott* y de 19.11.1991, as. acumulados C-6/90 y C-9/90 *Francovich*.

El examen de la autonomía procesal, desde la perspectiva de la nueva formulación del principio de efectividad, favorece que el TJCE sienta unas reglas de interpretación y aplicación de las normas procesales nacionales que sustituyen a las que son empleadas por los órganos judiciales internos de acuerdo con sus tradiciones jurídicas y los principios que las sustentan. A través de aquellas se prioriza la tutela de los derechos instituidos por la normativa europea, hallando en el principio de cooperación leal no solo la clave para imponer a aquellos órganos el deber de proporcionar la protección que se deriva para los justiciables del efecto útil del efecto directo de las disposiciones de derecho comunitario, sino además para facilitarles los poderes que les han de permitir ejecutar con exactitud su deber<sup>7</sup>. Este cambio de punto de mira operado en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo genera una reacción crítica por parte de los Estados miembros que ven, por un lado, reducida la seguridad jurídica de los justiciables al ser impredecible la extensión que el TJCE puede dar al principio de efectividad y, por otro, temen que se produzca una discriminación en la tutela judicial de idénticas situaciones jurídicas en función de si estas se hallan reconocidas por el Derecho comunitario o el nacional. En definitiva, la desigualdad de tratamiento que hasta esos momentos se había evitado con la aplicación del principio de equivalencia, se convierte en un riesgo real al ser promovido el establecimiento de un doble y diferenciado sistema de protección jurisdiccional dependiendo del origen de la norma de derecho material a tutelar lo que, al mismo tiempo, menoscaba la coherencia del ordenamiento interno.

Las valoraciones negativas a las que se acaba de aludir así como las vicisitudes políticas de la época en la que se negociaba la ratificación del Tratado de Maastricht suponen si no una vuelta al primer período sí un intento por el TJCE de contener la fuerza expansiva de los postulados que pueden emanar del principio de efectividad.

Con esa voluntad, se abre el tercer período en el que el Tribunal de Luxemburgo intenta alcanzar un justo equilibrio entre, de un lado, los intereses comunitarios que se traducen en imponer unos estándares mínimos de protección judicial con los que evitar que el sistema de ejecución descentralizado impida la aplicación uniforme de la normativa europea y, de otro, las atribuciones que corresponden a los Estados miembros gracias a las cuales pueden atender a dos de sus máximas preocupaciones, a saber: la seguridad jurídica y la coherencia de sus sistemas judiciales. El método que emplea se sostiene en dos bases.

La primera base estriba en matizar la formulación de los principios de efectividad y equivalencia situando su análisis en un contexto determinado: el sistema jurídico nacional en el que ha de ser aplicada la norma sustantiva comunitaria. Así, ante la pregunta de hasta qué punto una disposición nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario, el TJCE identifica unos criterios que han de guiar el examen previo a la respuesta: *lugar que la disposición ocupa dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades ante las diversas instancias nacionales*. Pero no basta con esa contextualización meramente de derecho positivo sino que además han de tenerse en cuenta los *principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento*.

La segunda base consiste en subrayar la necesidad de que el Juez nacional vele por garantizar la tutela judicial efectiva, adecuando de forma razonable los instrumentos procesales internos a la consecución de dicho fin.

De todas las resoluciones que incorporan dichas bases en sus razonamientos han de ser destacadas las sentencias de 13.03.2007 as. C-432/05 *Unibet*, de 14.12.1995 as. acumulados C-430/93 y C-431/93 *van Schijndel* y de 7.06.2007 as. acumulados C-222/05 a C-225/05 *van der Weerd*<sup>8</sup>. En la

7 En el apartado 21 de la STJCE, as. C-213/89 *Factortame I* se resume, partiendo de lo declarado en la sentencia *Simmmenthal*, con toda claridad el potencial que encierra el principio de efectividad: "sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias". Como bien explica Galetta, el mecanismo del "efecto útil del efecto directo" implica no solo la primacía del derecho sustantivo dictado por las instituciones comunitarias en la esfera de sus competencias, sino que dicha primacía extiende su influencia a un ámbito en el que la UE no es competente: el derecho orgánico y procesal. De este modo, el "efecto útil" necesario para alcanzar la plena eficacia del derecho sustantivo comunitario restringe la autonomía procesal de los Estados miembros ya que, al identificarse con la tutela jurisdiccional, estos no gozan de una facultad absoluta en orden a elegir los medios procesales para tutelar aquel derecho. En otros términos, al difuminarse la distinción entre la efectividad del derecho comunitario que ha de ser el fin y la efectividad de la tutela que ha de ser el medio, se amplían las competencias de la UE (*L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, cit., pp. 20-26).

8 Según parte de la doctrina, el TJUE en estas sentencias opta por mantener una equidistancia entre la efectividad del derecho sustantivo comunitario y el derecho procesal interno; vid. al respecto Galetta, D.-U. (2009), *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, cit., pp. 59 y ss.; y Flynn, L.

sentencia *Unibet*, se afirma que el Juez nacional solo debe inaplicar la norma interna cuya compatibilidad con el Derecho comunitario sea dudosa, cuando a su entender el sistema establecido por el ordenamiento jurídico nacional no prevea ninguna vía jurisdiccional, siquiera incidental, que procure la tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables. Y ello porque de conformidad con el principio de cooperación leal el Juez nacional es el responsable de proporcionar la tutela judicial de los derechos que el ordenamiento comunitario confiere a los justiciables (ap. 37), pero también le incumbe interpretar la regulación procesal interna aplicable a la acción ejercitada de modo que se logre aquel objetivo (ap. 44).

Cuando el TJCE centra su atención en el derecho a la tutela judicial efectiva advierte que no es un derecho absoluto y abstracto sino que está condicionado por los principios que inspiran la configuración de los procesos, así como por determinados presupuestos y requisitos. En esta línea se sitúa la sentencia dictada en el as. *van Schijndel* en el que el Tribunal de Luxemburgo, respondiendo a dos de las cuestiones que se le plantean, afirma, en primer lugar, que el Juez que tramita un proceso que versa sobre derechos y obligaciones civiles sometidos a la libre disposición de las partes ha de aplicar de oficio normas imperativas de derecho comunitario de igual manera que debe "aducir de oficio los fundamentos de Derecho basados en una norma interna de naturaleza imperativa que no han sido invocados por las partes" (ap. 13)<sup>9</sup>. Pero en segundo lugar, precisa su anterior respuesta porque el tribunal que efectúa el reenvío prejudicial delimita exactamente la trascendencia que en el concreto proceso nacional puede generar la apreciación de oficio de una norma no invocada por las partes. De ahí que el TJCE matice que si un principio que rige el proceso civil nacional, como es el principio dispositivo, impide al Juez que aprecie de oficio un fundamento de derecho en el caso de que ello le obligara a renunciar a la pasividad que le incumbe "saliéndose de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes y basándose en hechos y circunstancias distintos de aquellos en que fundó su demanda la parte interesada", tampoco el derecho comunitario ha de imponer al Juez nacional el deber de "aducir de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones comunitarias" (ap. 22). La aceptación de unos mismos límites en la aplicación de oficio de normas de derecho imperativo, bien sean comunitarias bien nacionales, viene dada tras valorar el TJCE la relevancia del principio dispositivo que inspira la regulación de la mayoría de los procesos civiles de los Estados miembros<sup>10</sup>.

Una de las conclusiones más importantes que cabe extraer de la sentencia dictada en el as. *van Schijndel* es que se descartó la posibilidad de que se declarara la obligación genérica del Juez nacional de apreciar de oficio la infracción de disposiciones comunitarias. El TJUE asume que en este tema se halla sujeto, inevitablemente, a la tensión ocasionada por dos exigencias opuestas, a saber, de un lado, asegurar un adecuado grado de efectividad de la tutela judicial y, de otro, respetar la autonomía procesal de los Estados miembros<sup>11</sup>. Asimismo, la citada resolución sienta las pautas que seguirá en resoluciones posteriores para poder resolver si es compatible con la normativa europea una disposición nacional que prohíbe al Juez apreciar de oficio disposiciones de derecho europeo no alegadas tempestivamente por las partes. Al incluir en aquellas los principios que rigen el concreto sistema procesal nacional, el control de la compatibilidad se concentra en las particularidades del asunto concreto dificultando la creación de una jurisprudencia uniforme<sup>12</sup>.

---

(2008): "When national procedural autonomy meets the effectiveness of Community law, can it survive the impact?". *ERA-Forum* 9 (2), pp. 252 y 253.

9 En el as. *van Schijndel* las normas comunitarias imperativas tenían por objeto evitar la celebración de acuerdos vulneradores de las reglas de la libre competencia.

10 "Esta limitación está justificada por el principio según el cual la iniciativa en un proceso corresponde a las partes y el Juez sólo puede actuar de oficio en casos excepcionales en los que el interés público exige su intervención. Este principio aplica concepciones compartidas por la mayoría de los Estados miembros en cuanto a las relaciones entre el Estado y el individuo, protege el derecho de defensa y garantiza el buen desarrollo del procedimiento, en particular, al prevenir los retrasos inherentes a la apreciación de nuevos motivos" (ap. 21).

11 Cfr. Vitale, G. (2010): *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione Europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*. Editpress. Firenze, pp. 62-64.

12 Esta consecuencia ha sido destacada por Vitale al comparar la sentencia dictada en el as. *van Schijndel* con la emitida también el 14.12.1995 en el as. *Peterbroeck* (cfr. *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione Europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*, cit., pp. 59-63). El planteamiento de las cuestiones prejudiciales es idéntico, pero el contexto procesal en el que surge la duda es radicalmente distinto. En este caso, el tribunal nacional se dirige al TJCE para preguntar si el derecho comunitario se opone a la aplicación de una norma procesal nacional que prohíbe al Juez nacional competente apreciar de oficio la compatibilidad de un acto de derecho interno con una disposición de derecho comunitario cuando esta última no ha sido alegada por el justiciable dentro de un plazo determinado. A modo de complemento a dicha pregunta, interpela al TJCE acerca de si la incompatibilidad puede fundarse además en que el derecho interno prevé la posibilidad de excepcionar la norma que exige la instancia de parte admitiendo que, ante la posible vulneración de ciertos principios que rigen el sistema procesal interno, por ejemplo la caducidad del derecho a reclamar impuestos o la autoridad de cosa juzgada, el Juez nacional puede actuar de oficio. Debe señalarse que en este asunto el TJCE declara que, efectivamente, el derecho comunitario se opone a la aplicación de una norma procesal nacional que prohíbe al Juez nacional intervenir de oficio en "*circunstancias como las que concurren en el proceso que constituye el objeto del procedimiento principal*". Hemos señalado en cursiva lo que constituye, a nuestro entender, la *ratio decidendi* del as.

Finalmente, la sentencia dictada en el as. *van der Weerd* insiste en que no puede responderse a la cuestión prejudicial, relativa a si el derecho comunitario obliga al Juez nacional a examinar de oficio motivos basados en la Directiva comunitaria 85/511/CEE, ya derogada, de medidas de lucha contra la fiebre aftosa, sin llevar a cabo el análisis de las concretas particularidades del sistema procesal nacional a la luz de los dos principios que condicionan la autonomía procesal. Comenzando por el principio de equivalencia, el TJCE observa que el Juez nacional está autorizado por el derecho interno para advertir de oficio la vulneración de normas de orden público por ejemplo las referentes a la competencia judicial y a los requisitos de admisibilidad de la petición inicial. Al no estar ninguno de estos extremos regulado por la Directiva mencionada, sus disposiciones no pueden estimarse equivalentes a las anteriores normas nacionales (aps. 29 y 30). En cuanto al examen efectuado desde la perspectiva del principio de efectividad, esto es, si una norma procesal nacional convierte en imposible o muy difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento comunitario otorga a los particulares, el TJCE reitera que en un proceso estructurado sobre la base del principio dispositivo "el examen de oficio de motivos no invocados por los demandantes de los procedimientos principales sobrepasaría los límites del litigio" (ap. 37) a lo que cabría sumar la probabilidad de que se menoscabaran "los derechos de la defensa o el buen desarrollo del procedimiento", pues, por ejemplo la apreciación de nuevos motivos daría lugar a retrasos (ap. 38). Por tanto, declara que ni el principio de equivalencia ni el de efectividad imponen al Juez nacional el deber de examinar de oficio motivos basados en una disposición comunitaria siempre y cuando las partes en los procedimientos principales tuvieron la oportunidad efectiva de alegarlos (ap. 41).

La claridad y lógica, indiscutibles, de los argumentos expuestos en el as. *van der Weerd* comportaron que el TJCE tuviera que hacer alusión a resoluciones suyas previas que, pese a referirse también a procesos nacionales regidos por el principio dispositivo, contienen pronunciamientos totalmente opuestos. Son las sentencias de 27.06.2000 as. C-240/98 a C-244/98 *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, de 21.11.2002 as. C-473/00 *Cofidis* y de 26.10.2006 as. C-168/05 *Mostaza Claro*. En ellas, el TJCE afirma que los principios de equivalencia y de efectividad imponen a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de examinar de oficio motivos basados en disposiciones comunitarias no alegados por las partes, aun cuando estas hubieran tenido la oportunidad de haberlo introducido en el proceso. Para el TJCE la diferencia con la decisión del as. *van der Weerd* está justificada dada la necesidad de garantizar al consumidor el nivel de protección que le otorga la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (ap. 40).

Y es que como podrá observarse en los epígrafes siguientes, en los asuntos en los que están en juego derechos de los consumidores, el TJUE ha emprendido un recorrido que parte de dos premisas: según la primera la protección de los consumidores es un asunto de interés público y, de acuerdo con la segunda, la responsabilidad principal del sistema de protección de aquellos recae en los órganos jurisdiccionales, asumiendo que, en la esfera extrajudicial de celebración del contrato, no se les puede proteger con la intensidad prevista por los instrumentos normativos europeos ni nacionales<sup>13</sup>.

### **3. Principio de efectividad en el ámbito de la tutela judicial civil de los consumidores: de la sentencia dictada en el as. *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* a la sentencia dictada en el as. *Duarte***

Con el fin de resolver las cuestiones prejudiciales planteadas acerca de la protección de los derechos e intereses de los consumidores, el TJUE aplica, predominantemente, el principio de efectividad. De esa forma de proceder resulta que la intromisión en nuestro sistema procesal civil no ha sido aislada sino constante, avanzando desde unas primeras repercusiones sobre presupuestos y trámites procesales hasta llegar incluso a influir en los principios que lo sustentan. Es decir, no están resultando afectadas meras reglas de procedimiento sino que se está induciendo a un cambio en el ejercicio de la función jurisdiccional.

La jurisprudencia del TJUE con mayor proyección sobre nuestro sistema procesal civil ha sido dictada en la resolución de cuestiones prejudiciales interpretativas del sentido y alcance de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos cele-*

---

Peterbroeck. No se trata como en el as. *Schijndel* de un proceso civil sino de un proceso contencioso-administrativo en el que debido a sus peculiaridades ni el administrado pudo invocar ni el tribunal pudieron apreciar de oficio la posible incompatibilidad de un acto de derecho interno con el derecho comunitario. A lo anterior, el TJCE agrega que la apreciación de oficio de motivos basados en el derecho comunitario no puede ser prohibida, pues, no queda acreditado que infrinja principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional como son el de seguridad jurídica o el del buen desarrollo del procedimiento.

13 Patti, F. P. (2011): "Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore". *I contratti* 2, pp. 118 y 119.

brados con consumidores<sup>14</sup>. No obstante, la importancia dada por la normativa UE a otros aspectos que también se hallan implicados en el derecho de consumo, como por ejemplo, la preservación de intereses económicos supraindividuales, el aseguramiento de la libre competencia y la organización del mercado interior, están teniendo un efecto que se cifra en la extensión de los poderes de dirección material del Juez nacional en apoyo a los consumidores a tipos de conflictos diferentes de los nacidos a raíz de pretensiones de condena al cumplimiento de cláusulas abusivas<sup>15</sup>. En concreto, debe prestarse la debida atención a las sentencias del TJUE que afrontan el problema de la compatibilidad de las leyes internas con la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la *protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales*<sup>16</sup>; la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo*<sup>17</sup>; la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*<sup>18</sup> y la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores<sup>19</sup>.

Al interpretar la Directiva 93/13/CEE, el TJUE reitera en cada una de sus resoluciones que el sistema de protección en ella diseñado se basa en la premisa de que el consumidor se halla, en términos de capacidad de negociación y nivel de información, en una situación de inferioridad respecto del profesional lo que lleva al primero a adherirse a las cláusulas del contrato sin haber podido influir en su contenido. Por consiguiente, el fundamento de las normas de índole tuitiva del consumidor radica en el desequilibrio real entre las partes contratantes. En este contexto, el objetivo a alcanzar no es otro que el de impedir que el consumidor individual quede obligado por una cláusula abusiva. Para lograrlo, estima que no es suficiente con que el legislador interno promulgue normas procesales que faciliten al consumidor actor o demandado una plena defensa de sus derechos e intereses, por ejemplo, otorgándole legitimación para pedir la anulación del contrato, privando de validez a los pactos de prórroga de la competencia o estableciendo criterios especiales de distribución de la carga de la prueba, sino que además la normativa procesal ha de conseguir que las empresas desistan de incorporar a los contratos cláusulas abusivas.

Concretamente, el TJUE anuda el efecto disuasorio en el uso de cláusulas abusivas a la intervención activa de un tercero que no es parte ni en el contrato ni en el proceso, y que no se trata ni de las asociaciones de consumidores y usuarios<sup>20</sup> ni del Letrado del consumidor ni tan siquiera del Ministerio Fiscal. Una vez el consumidor se ha convertido en parte procesal, el TJUE dirige, principalmente, su atención al Juez. Y de entre todos los actos que puede efectuar se decanta por el examen de oficio del carácter abusivo de las cláusulas del contrato<sup>21</sup>. Los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13

14 DOUE L 95 de 21.04.1993. La Directiva 93/13/CEE ha sido modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 (DOUE L 304 de 22.11.2011).

15 Como señala Patti, S. (2015): "El contrato tra «autonomía de la voluntad» e moderno «zwingendes Vertragsrecht»", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2, pp. 378-382, la restricción del espacio dejado a la autonomía de la voluntad a través de normas de derecho imperativo o de estipulaciones no derivadas de la negociación y consenso entre las partes del contrato no obedece solo a la protección del contratante más débil, sino también a la tutela del interés general en un correcto funcionamiento del mercado. Pone como ejemplo la comercialización de productos a través de Internet que conduce a la estandarización de las cláusulas contractuales.

16 DOUE L 372 de 31.12.1985. La Directiva 85/577/CEE fue derogada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25.10.2011 (DOUE L 304 de 22.11.2011).

17 DOUE L 42 de 12.02. 1987. La Directiva 87/102/CEE ha sido reformada por la Directiva 90/88/CEE del Consejo de 22.02.1990 (DOUE L 61 de 10.03.1990).

18 DOUE L 171 de 7.07.1999. La Directiva 1999/44/CE ha sido modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25.10.2011 (DOUE L 304 de 22.11.2011).

19 DOUE L 149 de 11.06.2005. La Directiva 2005/29/CE ha sido reformada por la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12.12.2006 (DOUE L 376 de 27.12.2006).

20 El TJUE en su sentencia de 27.2.14 dictada en el as. C-470/12 *Pohotovost* s.r.o. afronta una cuestión prejudicial relativa a si las normas procesales civiles internas, que no facultan a una asociación de consumidores para intervenir en un procedimiento de ejecución incoado por un empresario contra un consumidor, son incompatibles con los arts. 6 a 8 de la Directiva 93/13/CE, en relación con los arts. 38 y 47 de la CDFUE. El TJUE acude a dos argumentos para concluir que no existe tal incompatibilidad. Mediante el primero constata que la Directiva 93/13/CEE no concede legitimación a las asociaciones de consumidores con el fin de que intervengan en litigios individuales que afectan a consumidores. Según el tenor literal del art. 7.2 Directiva 93/13/CEE, las asociaciones de consumidores solo están legitimadas para ejercer acciones colectivas en defensa de intereses generales. Por tanto, el art. 38 CDFUE, pese a disponer que uno de los objetivos de la UE es el de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores, no avala una interpretación en el sentido de que ha de reconocerse el derecho genérico de las asociaciones a ingresar en el proceso. El segundo argumento incide en que la intervención positiva y ajena a las partes del contrato que exige la Directiva 93/13/CEE en los litigios entre profesionales y consumidores es, exclusivamente, la del Juez (aps. 45 y 52).

21 Vid. Marcos González, M. (2011): *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*. Thomson Reuters-Civitas. Madrid, pp. 210 y 211; Gallego Domínguez, I. (2015): "Las cláusulas abusivas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en *Nuevas orientaciones del Derecho Civil* en Europa, Pereña Vicente y Delgado Martín (dir.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 352 y Bilò, G. (2011): "Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore". *Rivista Trimestrale di Diritto e*

constituyen el apoyo legal de la tesis del TJUE<sup>22</sup>. Son dos preceptos imperativos que además se incluyen en el conjunto de normas que configuran el orden público europeo al contribuir a elevar el nivel y la calidad de vida de los ciudadanos de la UE (art. 3 TUE).

En síntesis, el TJUE ha entendido que la desigualdad económica y jurídica de las posiciones de los contratantes no sólo existe en el plano extrajudicial sino que se extiende y mantiene en el plano procesal. De manera que en el proceso civil han de adoptarse medidas que contrarresten el desequilibrio entre las partes, siendo a su entender la más apropiada el refuerzo de los poderes de dirección del Juez. Como se comprobará en epígrafes posteriores, la intervención de oficio del Juez se erige en la medida idónea cualquiera que sea la naturaleza del concreto proceso civil que se tramite, de la fase procesal que se está sustanciando, de la conducta del consumidor, de si éste se halla asistido por abogado y, finalmente, cualquiera que sea el tipo de cláusula que pueda ser abusiva. Su justificación se halla en el "riesgo nada desdeñable" de que el consumidor no invoque el carácter abusivo de las cláusulas bien porque ignore sus derechos, bien porque encuentre dificultades para ejercitarlos, bien porque no tenga capacidad económica suficiente para encargar un dictamen pericial o bien porque no acierte en su estrategia probatoria.

Los anteriores argumentos suscitan un buen número de preguntas acerca de los presupuestos, las condiciones y el objeto del deber de intervención de oficio del Juez nacional. Tres son, a nuestro entender, los interrogantes ineludibles. El primero versa sobre cómo ha de actuar el Juez nacional de oficio para adquirir el conocimiento de los elementos de hecho y de derecho que le generen la convicción de que una o más cláusulas del contrato son abusivas y pueda dictar una resolución fundada fáctica y jurídicamente. El segundo se centra en si la anterior intervención ha de recaer sobre cualquier tipo de cláusula abusiva. Y, el tercero, que es en cierto modo uno de los ejes de este trabajo, consiste en dilucidar si el deber del Juez de intervenir de oficio es ilimitado.

Las respuestas a los dos primeros interrogantes cabe hallarlas en diversas sentencias del TJCE. Debe hacerse una especial referencia a la sentencia *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, pues, con ella se inicia la jurisprudencia del TJCE acerca de la intervención de oficio de los jueces nacionales en orden a apreciar la abusividad de las cláusulas contractuales respecto de la que nada se dispone en la Directiva 93/13/CEE<sup>23</sup>. Para el alto Tribunal el sistema de protección del consumidor estriba en liberarlo de la carga de defenderse en juicio en orden a invocar la inaplicabilidad de las cláusulas contractuales que le perjudican. En consecuencia, el medio idóneo tanto para impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva, como para disuadir al profesional que la continúe incorporando a los contratos consiste en otorgar al Juez nacional la "facultad" de examinarlas de oficio. Esta segunda faceta pone de manifiesto que la Directiva 93/13/CEE tiene encomendada la función de salvaguardar los intereses de la colectividad que forman parte del orden público económico. En los supuestos de hecho que dieron lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales, los consumidores habían firmado un pacto de sumisión expresa al órgano judicial del domicilio de la empresa respecto de todos los litigios que tuvieran su origen en el contrato<sup>24</sup>. Esta cláusula generaba un desequilibrio importante entre las partes del proceso, perjudicando a los consumidores, pues, estos se veían obligados a defenderse en un juicio ante un tribunal que no era el de su domicilio. De modo

*Procedura Civile 2*, pp. 491 y 492. Muy crítico con la intervención que el TJUE atribuye al órgano judicial se muestra Pagliantini, S. (2012): *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*. Giappichelli Editore, Torino, p. 92, advirtiendo que ello supone otorgarle un doble rango subversivo de la función jurisdiccional: por un lado se erige en un "contrapoder" vigilante del cumplimiento de las previsiones reguladoras del mercado y, de otro, en un actor parcial al servicio de una parte.

22 El art. 6.1 dispone que "los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Por lo que se refiere al art. 7.1, impone a los Estados miembros el cometido de velar "por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores".

23 Desde que se hicieron públicas las conclusiones del Abogado General en el as. *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, se pronosticó la probabilidad de una disminución de la seguridad jurídica si el TJCE atribuía a un órgano judicial el poder de advertir de oficio el carácter abusivo de una cláusula sin incorporar, previamente, esta facultad al texto articulado de la Directiva 93/13/CEE. Cfr. "The integration of Directive 93/13 into the national legal systems" y "L'assainissement du marché: le mécanisme de contrôle des clauses abusives", son dos informes presentados a la Conferencia organizada por la Comisión en 1999 sobre *The Directive on unfair terms five years later-evolution and future perspectives*, pp. 9-10 y 200-204 (publicado en la web de la Comisión Europea [ec.europa.eu/consumers/consumers\\_rights](http://ec.europa.eu/consumers/consumers_rights)). Asimismo, el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre el tema "Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE" de 27.04.2001 (DOUE C 116 de 20.04.2001), recomendó a la Comisión que en el nuevo texto de Directiva definiera claramente la posibilidad de que los tribunales apreciaran de oficio el uso de cláusulas abusivas en los contratos.

24 Sobre la sentencia *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, vid. entre otros, Jimeno Bulnes, M. (2016): "El impacto de la crisis económica en la justicia civil", en Neira Pena, A. M<sup>a</sup> (coord.) *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*. Atelier, Barcelona, pp. 50-52; y Mancaloni, A.M. (2016): "The obligation on Dutch and Italian courts to apply EU law of their own motion". *European Review of Private Law* 3&4-2016, pp. 554-558.

que se estimó que dicha cláusula quedaba incluida en la lista de cláusulas abusivas contenida en el anexo de la Directiva 93/13/CEE. Ante esa conclusión, el TJUE declara que el Juez nacional ha de poder apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula de prórroga de la competencia en el momento procesal oportuno, que no es otro que el de admisión de la demanda y, además, ha de seleccionar y aplicar la norma de derecho interno que permita que se alcance el objetivo perseguido por la Directiva. Esta última tarea podía cumplirse a través de la interpretación conforme del ordenamiento interno merced a la cual dejaba de aplicarse la norma procesal que permitía elegir como foro competente el del domicilio del profesional, pasando a tener preferencia la regla general según la cual la competencia territorial correspondía al Juez del domicilio del demandado.

El paso siguiente se da con la sentencia dictada en el as. C-168/05 *Mostaza Claro* en la que ya no se habla de "facultad" del Juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de sumisión a un arbitraje distinto al de consumo sino que se declara que aquel tiene el "deber" de llevar a cabo tal apreciación. En esta resolución se insiste en que la protección de los consumidores no solo queda plasmada en las normas imperativas de la Directiva 93/13/CEE sino que es un elemento esencial en la contribución al fortalecimiento de los consumidores que, como es sabido, es una de las misiones que el art. 3.1 letra t del TCEE atribuyó a la CEE. Al conectar la protección de los consumidores con la elevación del nivel y la calidad de vida en el conjunto de la ciudadanía europea, se le concede a aquella la categoría de interés público. Ello implica que el interés privado no se tenga en cuenta, siendo indiferente el comportamiento del consumidor.

Una vez se declara que el Juez nacional tiene el deber de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula atributiva de competencia o de sumisión a un determinado tipo de arbitraje, surge la duda relativa a si ese deber abarca todo tipo de cláusula abusiva. La observancia de los principios dispositivo y de aportación de parte, así como el no hacer recaer en el Juez nacional una labor excesiva y desproporcionada justificaría que la solución hubiera sido la de limitar aquel deber a las mencionadas cláusulas. En estos casos, la indagación que ha de llevar a cabo el Juez nacional no es particularmente compleja, simplemente ha de verificar dónde tiene el domicilio o la residencia el consumidor<sup>25</sup>. Ahora bien, esta opción no es seguida por el TJUE quien argumenta que solo la intervención de oficio del Juez en el proceso, respecto de cualquier tipo de cláusula abusiva, puede lograr la consecuencia jurídica ordenada en el art. 6.1 Directiva 93/13/CEE.

Con la imposición de ese deber, en muchos supuestos el Juez habrá de analizar abundante información. Por ejemplo, el análisis encaminado a determinar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado contenida en un contrato de préstamo hipotecario ha de efectuarse atendiendo a su contenido y efectos, no de forma aislada sino teniendo en cuenta el resto de cláusulas del contrato en orden a conocer la posición exacta en que se coloca al deudor y si ello ocasiona un desequilibrio importante en su contra<sup>26</sup>. Esta constatación otorga una gran relevancia al incidente que ha de sustanciarse con vistas a que el Juez obtenga el convencimiento para declarar una cláusula abusiva y sancionarla con la nulidad. La determinación de los principios que han de informar ese incidente, la fase del proceso en la que se ha de insertar, los concretos trámites que han de componerlo y las facultades que han de poder ejercitar las partes ha de corresponder a la autonomía procesal de los Estados miembros<sup>27</sup>.

De modo que cuando el TJUE afirma que la apreciación de oficio de la abusividad de una cláusula contractual ha de tener lugar "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios" ha de ser el legislador nacional quien establezca si esos elementos se erigen en presupuestos de aquella intervención o si son su objetivo. Poco hay que insistir en que si a la fórmula transcrita se le da el sentido de la segunda alternativa apuntada, el Juez civil tendrá en sus manos una amplia potestad instructora<sup>28</sup>. A nuestro entender, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, cuando reforma el art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y dispone que "el Juez previa audiencia de las partes declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato" facilita la observancia del principio dispositivo, la configuración contradictoria del incidente y el respeto del derecho de defensa.

Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de protección de los consumidores no se ha limitado a ordenar al Juez nacional que sustituya al consumidor en la iniciativa que corresponde a todo demandado de alegar defensas de naturaleza procesal y material, sino que se

25 Vid. Patti, F. P. (2011): "Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore", cit., pp. 120-123.

26 Cfr. Ruiz-Rico Ruiz, J. M. y De Lucchi López-Tapia, Y. (2013): *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores. Análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego*. Tecnos. Madrid, pp. 63, 76 y 197.

27 La trascendencia de tales cuestiones es puesta de manifiesto por Carballo Hidalgo, M. (2013): *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*. Bosch. Barcelona, pp. 220-222.

28 Cfr. al respecto, Pagliantini, S. (2012): "L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice". *Rivista di Diritto Civile* 3, pp. 298-300.

ha adentrado en el núcleo del principio dispositivo al declarar que también tiene el deber de delimitar de oficio el objeto del proceso. Esta etapa se ha alcanzado con la sentencia de 3.10.2013 dictada as. C-32/12 *Duarte* que se pronuncia sobre un reenvío prejudicial acerca de la compatibilidad entre las normas de la Directiva 1999/44/CEE y determinados preceptos de la LEC relativos a la preclusión y cosa juzgada.

#### 4. Repercusiones del principio de efectividad en la sustanciación del proceso de declaración y la ejecución forzosa

Como ha hemos señalado la LEC constituye un buen ejemplo de sistema normativo que está siendo afectado por la jurisprudencia del TJUE sobre protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios. Puede sostenerse que se está llevando a cabo una evaluación continua de la idoneidad de los procesos de declaración ordinarios y especiales, así como de la ejecución forzosa<sup>29</sup>.

##### 4.1. Procesos declarativos ordinarios y especiales

Concedora de que en un gran número de supuestos no compensa a los consumidores el ejercicio de acciones individuales en defensa de sus derechos e intereses, la LEC de 2000 opta por configurar una tutela jurisdiccional civil supraindividual e introduce en su texto articulado diferentes normas que, en su conjunto y sobre la base de a distinción entre intereses difusos y colectivos, dan lugar a unas especialidades de los procesos declarativos ordinarios. Estas especialidades recaen sobre instituciones procesales como, por ejemplo, legitimación, intervención, acumulación de procesos y cosa juzgada. En cambio, no prevé ninguna especialidad procedimental. Hasta el momento, la jurisprudencia del TJUE no ha dado lugar a modificaciones en los procesos declarativos ordinarios, aunque, como se pondrá de relieve algunos de los preceptos que los disciplinan han de interpretarse conforme a aquella jurisprudencia. Sí ha sido reformado el proceso monitorio y, a nuestro parecer, también debería serlo el procedimiento de "cuenta jurada".

##### 4.1.1. Procesos declarativos ordinarios

Retomando aspectos ya parcialmente abordados en el apartado anterior, cabe recordar que en lo atinente a los procesos declarativos el TJUE afirma que la intervención de oficio del órgano judicial nacional ha de tener lugar al tiempo de admitir la demanda, cuando examina la concurrencia de los presupuestos procesales relativos al tribunal, debiendo comprobar, por ejemplo, que su competencia territorial no esté fijada por una cláusula abusiva de sumisión expresa, como es la que atribuye competencia a los tribunales de una localidad distinta a la del domicilio del consumidor. Este es el tema que da lugar al dictado de la STJUE en el as. *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*. Los reenvíos prejudiciales tuvieron lugar cuando estaba en vigor la LEC de 1881 en cuyo texto articulado no se prohibía la sumisión expresa en los contratos celebrados con consumidores o usuarios y, como consecuencia del carácter dispositivo de las normas de competencia territorial, el Juez al que se sometían las partes no podía abstenerse de oficio de conocer del asunto. De modo que la sumisión tácita a la competencia del Juez elegido por el actor sólo podía evitarse a instancia del demandado que debía proponer uno de los dos medios procedimentales que ponía a su disposición la LEC de 1881, esto es, la declinatoria o la inhibitoria. Tampoco eran aplicables a los supuestos de hecho los preceptos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de *Condiciones Generales de la Contratación*, mediante la que se incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 93/13/CEE<sup>30</sup>.

La entrada en vigor de las normas internas que incorporaron la Directiva 93/13/CEE desterró cualquier tipo de duda acerca del carácter abusivo, y su correspondiente invalidez, de las cláusulas atributivas de competencia a un tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor<sup>31</sup>. A

29 Vid. ampliamente abordado por Fernández Seijo, J. M<sup>a</sup> (2013): *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho comunitario*. Ed. Bosch. Barcelona, pp. 164-215.

30 El marco legal descrito no impidió al TS declarar, entre otras, en sus sentencias de 23.07.1993 (RJ 1993\6476), de 20.04.1994 (RJ 1994\6518), de 30.11.1996 (RJ 1996\8457) y de 5.07.1997 (RJ 1997\6151), la ineficacia de una cláusula, inserta en las condiciones generales, mediante la cual las partes atribuían la competencia para resolver los litigios derivados del contrato a los tribunales del domicilio de la empresa, fijando como fueros alternativos, el del domicilio del demandado o el del lugar del perfeccionamiento del contrato, correspondiendo la facultad de elección a la empresa. Apoyándose en el art. 10 Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en conexión con la Directiva 93/13/CEE, observó el carácter abusivo de las cláusulas de sumisión en los contratos de consumo porque implicaban un beneficio exclusivo para el empresario y un perjuicio desproporcionado y no equitativo al consumidor, pues, debía litigar lejos de su domicilio.

31 La Ley 7/1998, de 13 de abril, de *Condiciones Generales de la Contratación* modificó la Ley 26/1984; así por ejemplo, le añadió el art. 10 bis en el que se dispuso que las cláusulas, condiciones y estipulaciones de carácter abusivo serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no

su vez, la LEC de 2000 dispone en el art. 54.2 que no serán válidas las cláusulas de sumisión expresa contenidas en contratos celebrados con consumidores y usuarios. Pese a ello, dicho cuerpo legal reconoce la naturaleza dispositiva de los contratos de consumo ya que no prohíbe la sumisión tácita del consumidor; el mismo reconocimiento se lleva a cabo por el Reglamento Bruselas I bis<sup>32</sup>.

La anterior cuestión no ha sido la única suscitada en relación con la competencia territorial. En la sentencia de 5.12.2013 as. C-413/12 *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, TJUE responde una cuestión prejudicial formulada por un tribunal español acerca de si el art. 67.1 LEC, que prohíbe la impugnación de los autos que deciden sobre la competencia territorial, se opone a la Directiva 93/13/CEE de modo que cabe estimar que está autorizado para tramitar un recurso de apelación pese a carecer de norma de cobertura legal interna. El TJUE contesta que un acto procesal en tal sentido no es exigido por la Directiva cuando se ejerce una acción de cesación por una asociación de protección de consumidores entre otros motivos porque "las normas procesales relativas a la estructura de los recursos internos y al número de instancias, al servicio del interés general en la buena administración de la justicia y de la previsibilidad, deben prevalecer sobre los intereses particulares, en el sentido de que no pueden adaptarse en función de la situación económica particular de las partes" (ap. 38).

Para estar en condiciones de declarar el carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas a cuestiones de derecho sustantivo, el tribunal ha de disponer de los suficientes elementos de hecho y de derecho. El convencimiento de la certeza positiva o negativa del elemento fáctico de la causa de pedir solo se alcanza, con la salvedad de los hechos notorios o de la admisión de hechos, tras la práctica contradictoria de los medios de prueba<sup>33</sup>. Si el consumidor no propone los medios de prueba útiles para acreditar los hechos relevantes y controvertidos de los que depende la validez o invalidez de una cláusula, el tribunal las ha de practicar de oficio. En este sentido se pronuncia el TJUE en la sentencia de 9.11.2010, as. C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt.*; esto es, pese a que conforme al derecho nacional las pruebas solo puedan practicarse a instancia de parte, las exigencias de protección del consumidor establecidas en la Directiva 93/13/CEE obligan al Juez nacional a acordar de oficio diligencias de prueba (aps. 54 y 55).

Nuestro sistema procesal civil configurado sobre la base de los principios dispositivo y de aportación de parte presenta algunas particularidades que autorizan al tribunal a intervenir en la línea indicada por el TJUE. De esta suerte, propuestos los medios de prueba por las partes, si el tribunal considera que pueden resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos deberá indicarlo. Junto a tal manifestación, podrá señalar el medio de prueba que considere conveniente siempre que la existencia de las fuentes de prueba figure en las actuaciones (art. 429.1 LEC). La aplicación de estas normas por los tribunales ha sido y es controvertida, pero debe admitirse que están llamadas a desempeñar un papel importante en la protección de consumidores en el derecho procesal civil español porque proporcionan la clave para mantener la actuación del tribunal dentro del marco de un sistema regido por el principio de justicia rogada y evitar reformas que lo desnaturalicen<sup>34</sup>.

La iniciativa probatoria del tribunal puede también desarrollarse gracias a las diligencias finales reguladas en los arts. 435 y 436 LEC. En el momento procesal en el que están previstas, ya se han practicado los medios de prueba y se ha iniciado el plazo para dictar sentencia. Ello no impide

---

puestas. Entre las cláusulas abusivas se incluyeron los pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que correspondiera al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encontrara el bien si fuera inmueble. El carácter abusivo debía valorarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependiera.

32 El art. 26 del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, otorga eficacia a la sumisión tácita en los contratos de consumo, si bien en su apartado segundo prevé una norma de índole protectora consistente en ordenar al órgano jurisdiccional, ante el que se ha sometido tácitamente el consumidor, que compruebe que se ha informado a este último de su derecho a impugnar la competencia.

33 Vid. al respecto, Ruiz-Rico Ruiz, J. M. y De Lucchi López-Tapia, Y. (2013): *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores. Análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego*, cit., pp. 101-106.

34 Sobre el tema relativo a si el art. 429.1 párrafo segundo impone un deber al tribunal o le concede una facultad de dirección material cfr., entre otros, Banaloché Palao, J. (2009): "Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio", en *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Gascón Inchausti, F., Gutiérrez Berlinghes, A. y Vallines García, E., 2ª ed., Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 331-335. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que si bien la SAP de Ciudad Real, Sec. 1ª, núm. 205/2002, de 28 de mayo (JUR 2002\178917) ha sido un caso aislado en lo referente a afirmar que el tribunal civil está obligado a advertir a las partes sobre la insuficiencia probatoria y a calificar dicho deber de norma esencial del proceso cuyo incumplimiento puede producir indefensión provocando, en tal supuesto, la nulidad radical de todas las actuaciones posteriores, no sería razonable negar que el art. 429.1 LEC legítima al tribunal para influir, decisivamente, en la actividad probatoria de las partes. Puede comprobarse lo que se acaba de expresar en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, núm. 79/2012, de 17 de diciembre (RJ 2012\11371).

que el tribunal pueda, excepcionalmente, suspender dicho plazo y acordar de oficio que se vuelvan a practicar medios de prueba sobre hechos relevantes aportados por las partes al proceso siempre que concurren tres presupuestos: primero, que los resultados de los medios de prueba practicados con anterioridad no sean concluyentes; segundo, que la imposibilidad de adquirir el grado necesario de certeza se deba a circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes; y, tercero, que existan motivos fundados para creer que la repetición de la prueba permitirá adquirir certeza sobre aquellos hechos. El carácter restrictivo que el tribunal debe otorgar a este segundo período de práctica de medios de prueba, por apartarse de la forma concentrada que han de adoptar los actos procesales que conforman el proceso civil y entrar en colisión con el fundamento de las reglas de la carga de la prueba, no ha de constituir un óbice para ser tenido en cuenta a la hora de acatar las sentencias del TJUE.

Otra institución jurídica que ha sido abordada por el TJUE es la referente a la adopción de medidas cautelares. En nuestro sistema procesal civil, con la única excepción de las que cabe acordar en los procesos especiales sobre persona y familia, las medidas cautelares solo pueden ser decretadas a instancia de parte. La vigencia de esta regla general ha generado una cuestión prejudicial resuelta por el auto de 26.10.2016 as. acumulados C-568/14 a C-570/14 *Fernández Oliva*. El tribunal español estima que la mencionada regla general contenida en el art. 721.2 LEC no es compatible con el sistema de protección de los consumidores instaurado por la Directiva 93/13/CEE. Esta opinión es compartida por el TJUE. A su entender, el condicionar el otorgamiento de medidas cautelares, mediante las que cabe mitigar los efectos negativos de la "excesiva duración" del proceso, a la previa solicitud del consumidor menoscaba la efectividad de la protección instituida en la citada Directiva. Reitera su argumento consistente en que no debe minusvalorarse el riesgo de que a causa de las complejidades de los litigios principales<sup>35</sup> el consumidor, aun concurriendo los presupuestos regulados por el derecho nacional, no solicite la adopción de una medida cautelar que salvaguarde temporalmente sus intereses "bien porque lo ignore, bien porque no sea consciente de sus derechos" (ap. 33).

El TJUE no solo ha debido pronunciarse sobre la obligación de apreciar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en primera instancia, sino también en segunda instancia. En su sentencia de 30.05.2013 as. C-397/11 *Jörös*, se plantea la cuestión relativa a si el tribunal nacional de segunda instancia puede examinar el carácter abusivo de una de las condiciones generales de la contratación aunque no haya sido objeto de análisis en primera instancia por no haberse suscitado como motivo de invalidez, teniendo en cuenta que la normativa nacional prohíbe que en apelación se valoren hechos nuevos y se practiquen nuevos medios de prueba. Tras reiterar la naturaleza imperativa de las normas de la Directiva 903/13/CEE que niegan efecto vinculante a las cláusulas abusivas, así como que su eficacia está condicionada al deber del tribunal nacional de examinarlas de oficio, el TJUE sustenta su resolución en dos pilares. El primero es el dictamen del Tribunal Supremo de Hungría según el cual el sistema de justicia civil nacional no se opone a que el tribunal de apelación aprecie de oficio un supuesto de nulidad siempre que su existencia resulte "con claridad de las actuaciones en primera instancia". Y el segundo está constituido por la utilización de la fórmula que contextualiza el significado del principio de efectividad. De manera que adecuándose a las directrices de la sentencia dictada en el as. C-312/93 *Peterbroeck*, supedita su respuesta al estudio de la disposición nacional dentro del "conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales". Este método le conduce a determinar que cuando afirma, en abstracto, que la obligación del Juez nacional de advertir de oficio la índole abusiva de una cláusula "tan pronto como disponga de los elementos de hechos y de derecho necesarios para ello", en un ordenamiento procesal civil como el húngaro, que limita en segunda instancia la introducción de hechos nuevos y la práctica de medios de prueba, la Directiva 93/13/CEE ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación de oficio del tribunal de segunda instancia está condicionada a que la causa de nulidad "derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia". A nuestro entender, idéntica interpretación debe realizarse si se presenta una cuestión prejudicial respecto de la segunda instancia regulada en la LEC.

Cabe entender que a modo de concesión a los sistemas procesales civiles de los Estados miembros, el TJUE ha admitido que la intervención de oficio del tribunal nacional, en los términos hasta ahora expresados, debe conjugarse con el principio de contradicción, el derecho de defensa y la congruencia de la resolución. En rigor se trata de un razonamiento que viene determinado por la CDFUE. Es decir, cuando un Juez nacional aplica normas de derecho UE ha de observar las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 47 CDFUE. Con gran claridad, el TJUE lo pone de relieve en la sentencia de 21.02.2013 as. C-472/11 *Banif Plus Bank Zrt*. Explica que realizados unos actos procesales de oficio, el Juez nacional tiene prohibido resolver de plano. Es

<sup>35</sup> Las complejidades de los procesos principales derivan de la tramitación simultánea de demandas individuales en las que se afirma el carácter abusivo de cláusulas contractuales (cláusulas suelo) y acciones colectivas de cesación.

decir, después de informar a las partes sobre la posible concurrencia de un motivo de nulidad del contrato, ha de abrir un incidente contradictorio en el que aquellas gocen de iguales oportunidades para realizar las alegaciones fácticas y jurídicas que convengan a sus intereses (aps. 30-32). Asimismo, en un sistema judicial civil en el que el ámbito del enjuiciamiento del tribunal está limitado por las pretensiones efectuadas por las partes, estas han de tener la oportunidad de solicitar una declaración sobre la eventual nulidad de la cláusula contractual. De ahí que si el consumidor manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de dicha cláusula, el Juez nacional no tiene en virtud de la Directiva 93/13/CEE el deber de excluirla (aps. 27 y 35)<sup>36</sup>.

#### 4.1.2. Procesos declarativos especiales: proceso monitorio y procedimiento de "cuenta jurada"

En cuanto a los procesos especiales, la jurisprudencia del TJUE ha provocado una importante alteración en la estructura del proceso monitorio instaurado con el fin de procurar una tutela rápida y efectiva del crédito mediante la inversión del contradictorio. El otorgamiento de la tutela solicitada en dicho proceso se halla subordinado a que el Juez ante quien se presente la petición sea competente objetiva y territorialmente, la petición se funde en una deuda dineraria, líquida, vencida y exigible y se aporten documentos que según la LEC constituyen un principio de prueba suficiente de la existencia de la deuda. Requerido de pago, el deudor tiene la carga de oponerse como medio de evitar el despacho de la ejecución. Pues bien, la sentencia de 14.06.2012 dictada en el as. C-618/10 *Banco Español de Crédito S.A.*, concluye que esa estructura es la responsable de que no quepa alcanzar el grado de protección del consumidor que pretende garantizar la Directiva 93/13/CEE. Singularmente, el Tribunal de Luxemburgo declara que la tramitación expuesta, al no permitir que "el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio *–in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formalizado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13" (ap. 53)<sup>37</sup>.

La interpretación y aplicación de los preceptos reguladores del proceso monitorio conforme al objetivo de efectividad del derecho sustantivo UE dio lugar a que tribunales españoles dictaran resoluciones judiciales contradictorias. Las diferencias jurisprudenciales recayeron sobre extremos procesales claves, de los que cabe destacar en primer lugar, los trámites que debían seguirse para que los indicios que tuviera el Juez sobre el carácter abusivo de las cláusulas contractuales se transformaran en elementos de hecho suficientes para afirmar tal carácter y decretar su nulidad; en segundo término, si el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor exigía que, previamente, a la apreciación de oficio de la abusividad efectuada *a limine* aquel tuviera la oportunidad de alegar lo que estimara conveniente a sus intereses; en tercer lugar, si procedía la inadmisión a trámite de la petición por falta de liquidez de la deuda tras la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios o si lo correcto era que continuara el proceso respecto de la parte de la deuda no afectada por la nulidad y, finalmente, si la declaración de nulidad producía efectos de cosa juzgada<sup>38</sup>.

La gravedad de la situación expuesta tuvo como consecuencia inevitable la reforma del proceso monitorio, en concreto del art. 815 LEC regulador de la admisión de la petición y el requerimiento de pago, operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. A partir de su entrada en vigor, el Juez ha de examinar de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o determina la cantidad exigible puede ser abusiva. Cuando apreciarse que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia a las partes sin que sea preceptivo que en ella intervengan abogado y procurador. En su decisión, que ha de adoptar la forma de auto, sin efecto de cosa juzgada como se afirma en el Preámbulo de la Ley 42/2015, acordará bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del proceso monitorio sin la aplicación de las cláusulas abusivas.

Las reacciones a la modificación del proceso monitorio surgieron desde el momento en que se conoció cuál era el trámite en el que aquella recaería. No se estuvo de acuerdo en que el cumplimiento de la sentencia del TJUE exigiera, ineludiblemente, que se alterara la naturaleza del proceso monitorio mediante la incorporación de un incidente contradictorio entre la admisión de la petición y el

36 Es decir, el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos. En dicho sentido se pronuncian también las SSTJUE de 4.06.2009 as. C-243/08 *Pannon GSM Zrt* (ap. 33); de 30.05.2013 as. C-488/11 *Asbeek Brusse*, (ap. 52) y de 14.04.16 as. acumulados C-381/14 y C-385/14 *Sales Sinués*, (ap. 25).

37 También la STJUE de 18.02.2016 as. C-49/14 *Finamadrid E.F.C.*, S.A. resuelve que la Directiva 93/13/CEE se opone a la regulación del proceso monitorio por la LEC porque el LAJ que conoce de la petición inicial no tiene competencia para apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de una cláusula, a lo que se añade que el Juez que despacha ejecución con base en el decreto del LAJ tampoco puede llevar a cabo aquel análisis (ap. 55).

38 Vid. sobre el particular, Ruiz-Rico Ruiz, J. M. y De Lucchi López-Tapia, Y. (2013): *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores. Análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego*, cit., pp. 123-133.

requerimiento de pago. Para adaptar la regulación de la LEC a la Directiva 93/13/CEE hubiera sido suficiente prever la apertura de oficio de un trámite, una vez finalizado el proceso monitorio y antes de la creación del título ejecutivo, en el que las partes pudieran formular alegaciones y proponer la práctica de medios de prueba en relación con la abusividad de las cláusulas<sup>39</sup>.

La siguiente vía judicial que tiene grandes probabilidades de ser reformada por obra de la jurisprudencia del TJUE es el procedimiento especial y privilegiado previsto, exclusivamente, para la reclamación de derechos de procuradores y honorarios de abogados devengados en un pleito. Este procedimiento se halla regulado en los arts. 34 y 35 LEC. y se construye según unos trámites sencillos que facilitan a aquellos profesionales la rápida satisfacción del crédito, derivado del ejercicio de la representación procesal y la asistencia jurídica en un determinado proceso, frente a su respectivo poderdante o cliente. Se incoa ante el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) del órgano judicial donde tuvieron lugar las actuaciones mediante la presentación de la cuenta o la minuta en la que deben detallarse las cantidades que se reclaman en concepto de derechos y gastos suplidos o honorarios devengados<sup>40</sup>. Admitida la reclamación, el LAJ requiere al deudor para que, en el plazo de diez días, pague la cantidad solicitada o impugne la cuenta o la minuta. Si el requerido ni paga ni impugna la cuenta o la minuta dentro de ese plazo, el LAJ dictara decreto fijando la cantidad debida. Con base en esta resolución, el procurador o el abogado podrán solicitar el despacho de la ejecución. En el caso de que el requerido impugne la cuenta o la minuta por entender que las cantidades reclamadas son indebidas o excesivas, el LAJ da traslado de la impugnación al procurador o abogado y, tras examinar la cuenta o minuta, las actuaciones procesales y la documentación aportada, dicta decreto determinando la cantidad, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase en los cinco días siguientes a la notificación. Esta resolución es firme puesto que no es susceptible de recurso. Ahora bien, como consecuencia ya no solo del carácter sumario del incidente sino principalmente porque es tramitado y resuelto por el LAJ, el decreto no tiene efectos de cosa juzgada y la existencia de la deuda puede volver a ser debatida en un juicio declarativo plenario posterior. Juicio que no suspenderá la ejecución; y ejecución que, por otro lado, tampoco será suspendida por la oposición que a la misma formule el ejecutado (art. 556.2 LEC).

Como es sabido estos procedimientos no son una novedad introducida en nuestro sistema procesal civil por la LEC de 2000, sino que sustituyen a los procedimientos de "cuenta jurada" de naturaleza ejecutiva regulados en la LEC de 1881 (arts. 8 y 12). Estos últimos se configuraron según unos trámites que permitían a procuradores y abogados ver satisfechos sus créditos de forma todavía más expedita que de conformidad con la legislación vigente, pues, no admitían la oposición del poderdante o el cliente, por lo que cabía entender que el título ejecutivo era un mero documento privado. Ello comportó que el TC debiera pronunciarse sobre la constitucionalidad de los mismos, en concreto, sobre si respetaban el principio de igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En diversas sentencias el TC declaró de manera reiterada y uniforme la constitucionalidad de aquellas especialidades procesales<sup>41</sup>. Afirmó que no vulneraban el principio de igualdad ya que no comportaban privilegios subjetivos en favor de procuradores y abogados. No estaban previstos para reclamar cualquier crédito generado por su actuación profesional, sino solo los derechos u honorarios devengados en la sustanciación de un pleito, con constancia en el mismo y reclamados ante el mismo tribunal en que se habían originado. Su justificación frente a la ordenación general de la reclamación judicial del crédito residía en una suerte de contrapartida a causa de los deberes legales impuestos a aquellas profesionales como consecuencia de ser colaboradores necesarios de la Administración de Justicia. En lo atinente al derecho a la tutela judicial efectiva, el TC recordó que a pesar de ser un derecho fundamental de índole prestacional y configuración legal, el órgano judicial debía observar su contenido esencial, consistente en verificar la concurrencia de los requisitos de la pretensión formulada y en dar la oportunidad al requerido bajo apercibimiento de apremio de ejercer

39 Vid. Banacloche Palao, J. (2013): "Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio". *Diario La Ley*, nº 8137, 30 de julio de 2013. En todo caso, si el Juez no lleva a cabo el control de oficio en el momento legalmente indicado, nada impide que el deudor invoque el carácter abusivo de una cláusula contractual en el incidente de oposición al requerimiento de pago y si no la alega podrá esgrimirla en el proceso de ejecución; cfr. Gimeno Sendra, V. (2013): "Las cláusulas abusivas". *Diario La Ley* nº 8116, 1 de julio de 2013.

40 En el texto originario de la LEC que entró en vigor en 2001, la competencia funcional para tramitar dicho procedimiento correspondía a los Jueces y Magistrados. No es hasta la reforma de la LEC, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, cuando se produce el cambio otorgándose la competencia funcional a los Letrados de la Administración de Justicia.

41 Nos referimos a la STC, Pleno, 110/1993 de 25 de marzo que se pronunció sobre dos cuestiones de inconstitucionalidad; y a las SSTC 167/1994, de 6 de junio; 79/1996, de 20 de mayo; 12/1997, de 27 de enero; 20/1997, de 10 de febrero; 72/1998, de 30 de marzo y 184/2002, de 14 de octubre que resolvieron recursos de amparo. Vid. al respecto, entre otros, Herrero Perezagua, J.F. (2011): "Comentarios a los artículos 34 y 35", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cerdón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández (coords.), 2ª ed., vol. I. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor, pp. 510-527; y Vegas Torres, J. (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil II*. Parte especial, con De la Oliva Santos y Díez-Picazo Giménez, Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, pp. 389 y 390.

su defensa oponiendo las "más justas causas de oposición". Por consiguiente, aun cuando la audiencia al requerido no se hallaba legalmente prevista, la constitucionalidad del procedimiento de "cuenta jurada" se condicionó a la interpretación de sus preceptos reguladores en el sentido indicado. Es más, el TC incluso indicó cuál era la amplitud de la oposición del requerido. Esas "justas causas de oposición" abarcaban no solo la falta de presupuestos procesales relativos al Juez, partes, objeto y título para despachar ejecución, sino que explícitamente el TC admitió que el requerido pudiera efectuar alegaciones sobre el fondo pero limitándolas, dada la naturaleza sumaria y ejecutiva del procedimiento, al pago y la prescripción.

Pues bien, la probable reforma del procedimiento especialmente previsto por la LEC para la reclamación de derechos de procuradores y honorarios de abogados devengados en un pleito se suscita a raíz de la STJUE de 15.01.15 as. C-537/13 *Birutė Šiba*, donde se responde a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Lituania que ha de decidir el recurso de casación contra una resolución judicial dictada en un proceso incoado por un abogado solicitando que se emitiera un mandamiento de pago contra su cliente por los honorarios devengados en diversos procesos judiciales y no pagados. Las concretas preguntas formuladas versan sobre si la relación contractual entre abogado y cliente está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, pues, en caso afirmativo, deberán tenerse en cuenta las garantías legales específicas dispuestas para los consumidores, como por ejemplo, la prevalencia de la interpretación más favorable al consumidor en caso de duda (art. 5 Directiva 93/13/CEE)<sup>42</sup>.

En su fallo el TJUE declara que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se aplica a los "contratos tipo de servicios jurídicos a título oneroso" concluidos por un abogado con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Basa su decisión en el análisis de los elementos subjetivos y objetivos de aquella clase de contratos. En cuanto a los elementos subjetivos efectúa dos afirmaciones: primera, los "clientes-consumidores" que contratan con profesionales liberales se hallan protegidos por las normas de la Directiva 93/13/CEE; y, segunda, el carácter público de la actividad de los abogados, que ha de ejercerse con independencia y ajustada a las exigencias de su código deontológico, no constituye ningún escollo para considerar que ostentan la condición de "profesionales" exigida por el art. 2 Directiva 93/13/CEE.

Sobre los elementos objetivos del contrato, el TJUE sostiene que, en abstracto, los contratos celebrados entre "clientes-consumidores" y profesionales liberales caen en la esfera de aplicación de la Directiva 93/13/CEE. No obstante, deberá examinarse si la cláusula o cláusulas en concreto han sido elaboradas con vistas a una utilización generalizada, bien hayan sido redactadas por el abogado bien por los órganos de la corporación profesional o, por el contrario, se han negociado individualmente. Aun cuando todas integran el contrato y son manifestaciones de la voluntad del abogado, solo a las primeras cláusulas les es aplicable la mencionada Directiva, puesto que al no contener información personalizada sobre el "cliente-consumidor" pueden ser discutidas sin lesionar el secreto profesional (ap. 29-32).

A pesar de que el TJUE, en los últimos apartados de la sentencia, se dirige al tribunal remitente aconsejándole que en su decisión tenga, especialmente, en cuenta la naturaleza específica de los contratos sobre servicios jurídicos (ap. 33 y 34), no deja de lanzar una advertencia general para casos futuros. Afirma que la idea que sustenta el sistema de protección instituido en la Directiva 93/13/CEE, esto es que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto del profesional tanto en lo atinente a su capacidad de negociación como a nivel de información lo que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin influir en el contenido de estas, se proyecta en los contratos tipo de prestación de servicios jurídicos. Y ello es debido a que "los abogados tienen un alto nivel de competencias técnicas que los consumidores no poseen necesariamente, de modo que éstos pueden tener dificultades para apreciar la calidad de los servicios que se les prestan" (ap. 23)<sup>43</sup>.

Pues bien, a la vista de lo anterior era lógico pronosticar que fuera planteada una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad del procedimiento de "cuenta jurada" regulado en la LEC con la Directiva 93/13/CEE puesto que en dicho procedimiento no está previsto que el LAJ examine de oficio, ni al inicio del procedimiento ni durante su tramitación, el posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato tipo de servicios jurídicos.

---

42 En el supuesto concreto sobre el que se pronuncia la STJUE C-537/13, la cláusula que suscita la duda es la relativa a la obligación de pago del cliente con base en la cual se dictó el mandamiento de pago; a dicha cláusula alude el ap. 11 ("las modalidades de pago de los honorarios y los plazos en los que debían pagarse no se especificaron en esos contratos, que tampoco determinaron con precisión los diferentes servicios jurídicos por los que era exigible ese pago ni el coste de las prestaciones que correspondían a ellos").

43 Cabe pensar que con el fin de contrarrestar las posibles reacciones críticas de los abogados a la STJUE dictada en el as. C-537/13, el TJUE ha dejado bien claro en otra resolución que un abogado es también un consumidor que, pese a sus conocimientos jurídicos, ha de ser protegido por las normas de la Directiva 93/13/CEE (vid. STJUE de 3.09.15 as. C-110/14 *Costea*).

Y así ha sucedido. El LAJ del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Único de Terrassa (Barcelona), que está tramitando un procedimiento de reclamación de honorarios de abogado regulado en el art. 35 LEC, duda de la conformidad de dicho procedimiento con la Directiva 93/13/CEE y la Directiva 2005/29/CE porque, de un lado, no se le permite controlar de oficio la existencia de eventuales cláusulas abusivas o de prácticas comerciales desleales contenidas en los contratos celebrados entre abogados y personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad profesional y, de otro, porque están limitados los medios de prueba que pueden practicarse. De modo que suspende el procedimiento y plantea ambas cuestiones al TJUE.

La decisión adoptada por el TJUE el 16.02.2017 en el as. C-503/15 *Margarit Panicello* se separa radicalmente de las conclusiones a las que llega la Abogado General. Pese a ello, es de sumo interés detenernos en sus ejes principales. De manera previa al abordaje de las cuestiones de fondo, la Abogado General ha debido pronunciarse sobre un extremo previo que va a determinar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial. Dicho extremo se suscita porque los LAJ españoles no pertenecen al Poder Judicial, no son órganos jurisdiccionales de conformidad con la LOPJ, sino que son funcionarios públicos al servicio del Ministerio de Justicia. Ello podría significar que no estuvieran legitimados para formular cuestiones de prejudicialidad ya que el art. 267 TFUE solamente otorga a los "órganos jurisdiccionales". En este como en otros temas de derecho UE los conceptos y categorías jurídicas que han de ser interpretados y aplicados para despejar la incertidumbre no son los derivados del derecho nacional sino los propios del derecho UE.

En anteriores resoluciones, el TJUE ya ha establecido los criterios con arreglo a los cuales un órgano puede ser considerado "órgano jurisdiccional" a los efectos de estar legitimado para efectuar el reenvío prejudicial. Estos son: origen legal, permanencia, obligatoriedad de su jurisdicción, función consistente en aplicar normas jurídicas e independencia. Además debe estar pendiente un procedimiento contradictorio que deba concluir con una resolución de naturaleza jurisdiccional<sup>44</sup>. En el supuesto concreto, ninguna objeción se realiza al origen legal de la actividad de los LAJ, ni a su permanencia ni a que aplican normas jurídicas. Los aspectos que sí son discutidos por el Gobierno español son la independencia de los LAJ, la contradicción y obligatoriedad del procedimiento de "cuenta jurada" y, finalmente, la naturaleza jurisdiccional de la resolución que dictan. Respecto de cada uno de tales aspectos, la Abogado General dictamina, amparándose en todo momento en la legislación española vigente, que los LAJ son independientes tanto desde una perspectiva interna, esto es, respecto de las partes del procedimiento manteniéndose en una equidistancia entre ambas al tener la cualidad de tercero, como desde una perspectiva externa ya que a pesar de ser funcionarios y estar sujetos a las indicaciones de su superioridad son "indudablemente" independientes cuando tramitan el procedimiento para la reclamación de honorarios de abogados (art. 465.8 LOPJ). En lo atinente a los caracteres del procedimiento, sostiene, primero, que sí es contradictorio, pues, aun cuando este rasgo dependa de que el requerido se oponga, entre el abogado y su cliente existe un conflicto y, segundo, que es obligatorio porque su sustanciación no depende de un acuerdo entre las partes. Finalmente, la naturaleza jurisdiccional de la resolución que dicta deriva de que comparte los mismos efectos que los que producen las resoluciones que dictan los Jueces: tiene efecto de cosa juzgada formal, es vinculante para las partes y constituye título ejecutivo.

La legitimación de los LAJ no es el único óbice a la admisibilidad de la cuestión prejudicial invocado por el Gobierno español. También sostiene que ni la Directiva 93/13/CEE ni la Directiva 2005/29/CE son decisivas para la resolución del asunto principal. Estas apreciaciones son rechazadas por la Abogado General indicando que el expediente de jura de cuentas está comprendido en el ámbito de aplicación de ambos instrumentos normativos. Así, la comprobación de oficio de si existen cláusulas abusivas bien incumbe al LAJ bien al Juez que conozca de la ejecución tiene relevancia para saber si aquel expediente es conforme con la Directiva 93/13/CEE. Y, en cuanto a la Directiva 2005/29/CE, su relación con el objeto del litigio principal deriva del hecho de que el abogado no informó previamente a su cliente del precio de sus servicios por lo que esta pudo tomar una decisión que si hubiera sido suficientemente informada no hubiera tomado, pudiendo calificarse la conducta del abogado de práctica comercial desleal.

Habiendo expuesto su posición respecto de la admisibilidad de la cuestión prejudicial formulada, esto es, que en el contexto del procedimiento de "cuenta jurada" debe considerarse que los LAJ sí son "órganos jurisdiccionales" por lo que están facultados con arreglo al art. 267 TFUE para plantear peticiones de decisión prejudicial, la Abogado General propone al TJUE que responda a las restantes cuestiones en los términos siguientes:

44 Estos criterios estructurales y funcionales han sido formulados por el TJUE, entre otras resoluciones, en el auto de 12.01.10, as. C-497/08 *Amiraïke Berlin Gmb* (ap. 17) y en las sentencias de 30.03.1993, as. C-24/92 *Corbiau* (aps. 15 y 16); de 31.01.13, as. C-394/11 *Belov* (aps. 45-51); y de 24.05.16, as. C-396/14 *MT Højgaard A/S* (aps. 23-31).

-La Directiva 93/13/CEE, en relación con la Directiva 2005/29/CE y el art. 47 CDFUE se opone a una normativa nacional según la cual los órganos que tramitan procedimientos de "cuenta jurada" no pueden comprobar de oficio si en el contrato entre abogado-profesional y cliente-consumidor existen cláusulas abusivas o han tenido lugar prácticas comerciales desleales. No estima adecuado la Abogada General dejar el examen de la existencia de cláusulas abusivas o de la concurrencia de prácticas comerciales desleales para la fase de ejecución. Por diversos motivos: porque un título ejecutivo ejerce de por sí una presión en el consumidor induciéndole al pago, porque el Juez que despacha ejecución no ha de comprobar de oficio la posible existencia de cláusulas abusivas y porque la oposición a la ejecución no suspende su curso. En definitiva, para evitar el abono de créditos que pueden ser abusivos o desleales la intervención de oficio ha de tener lugar en el procedimiento sustanciado ante el LAJ.

-Por lo que respecta a si la limitación de los medios de prueba en el procedimiento de "cuenta jurada" obstan a la efectividad de la Directiva 93/13/CEE, tras recordar la pauta que se ha convertido en regla inmutable en la tramitación de los procesos civiles en los que se demande a un consumidor consistente en que atenta contra el fundamento de aquella Directiva la situación en la que un tribunal, disponiendo de indicios del carácter abusivo de una cláusula, "no pudiera actuar en consecuencia por mor de la limitación de sus facultades de investigación", arguye que el procedimiento de "cuenta jurada" no coloca al LAJ en esa "problemática" situación. Dos son sus argumentos: el primero incide en que las facultades de investigación que el art. 35 LEC atribuye a los LAJ deberían ser suficientes para analizar y apreciar si existen cláusulas abusivas; y el segundo precisa que en aquellos supuestos en los que la intervención del LAJ según el tenor literal de aquel precepto no bastara, la doctrina de nuestro TC dictada sobre la constitucionalidad del procedimiento de "cuenta jurada", a la que ya nos hemos referido, serviría de base para que además de la prueba documental se practicara, por ejemplo, el interrogatorio de testigos. De modo que tras realizar el "test" impuesto por el principio de efectividad, el Abogado General concluye que la Directiva 93/13/CEE no se opone a la regulación del procedimiento de "cuenta jurada" por la LEC a condición de que dicha regulación admita práctica de prueba suficiente en orden a facilitar la comprobación de si existen cláusulas abusivas.

El rigor del análisis efectuado por la Abogada General revela la importancia que otorga al tratamiento de las cuestiones prejudiciales planteadas, pues, considera que ofrecen al TJUE la oportunidad de "seguir desarrollando su jurisprudencia en materia de requisitos concretos que se han de cumplir para garantizar efectivamente en los procedimientos nacionales ejecutivos o sumarios aquellos derechos que para los consumidores se consagran en el Derecho de la Unión" (ap. 4). Sin embargo, el TJUE corta de raíz sus esperanzas ya que en la sentencia dictada en el as. C-503/15 *Margarit Panicello* niega la condición de "órgano jurisdiccional" al LAJ y, en consecuencia, se declara incompetente para responder a las cuestiones que este le formula. A lo largo de la sentencia, rebate una a una las conclusiones de la Abogada General, excepto la relativa a la independencia interna coincidiendo con aquella en que el LAJ cumple con su cometido "con plena observancia de la imparcialidad y de la objetividad en relación con las partes y con los respectivos intereses de estas en el litigio" (ap. 39).

Resulta claro que el sentido de la decisión del TJUE viene determinada por cómo interpreta la actividad del LAJ en el procedimiento de "cuenta jurada". Lo que desconcierta de dicha labor interpretativa es que en la sentencia de 16.2.17 se aparta de las pautas que ha establecido en resoluciones anteriores, cuando ha precisado reiteradamente que el carácter de "órgano jurisdiccional" ha de ser delimitado, a los efectos del art. 267 TFUE, con base en criterios de derecho UE. Y es que los fundamentos clave de la decisión de la sentencia citada se hallan en la legislación y la jurisprudencia española. En cuanto a la legislación, se apoya en una norma orgánica (art. 465 LOPJ) de la que deduce que, si bien el LAJ cuando adopta actos de ordenación y dirección del proceso no debe atenerse a las instrucciones impartidas por su superior jerárquico, sí se halla sujeto a las mismas cuando tramita un "expediente" de jura de cuentas no actuando, pues, con independencia externa (aps. 40 y 41)<sup>45</sup>. Deducción que, a nuestro parecer, excede el tenor literal del citado precepto. Y, en lo atinente a la jurisprudencia, esgrime la STC, Pleno, 58/2016, de 17 de marzo (ap. 35). Dicha sentencia reconoce que una resolución dictada por el LAJ es susceptible de vulnerar un derecho fundamental, pero en tal supuesto el justiciable no tiene acceso al recurso de amparo constitucional porque uno de los presupuestos previstos por la ley interna (LOTIC) consiste en que la vulneración provenga de un órgano judicial.

---

45 Con el fin de resolver las cuestiones prejudiciales formuladas en el as. C-394/11 *Belov*, el TJUE también debe examinar si el organismo nacional remitente puede ser considerado un "órgano jurisdiccional". Circunscribe el examen a las particularidades del procedimiento que está tramitando el organismo nacional cuando le formula el reenvío prejudicial. Y, a diferencia de la orientación seguida en el as. C-503/15 *Margarit Panicello*, apoya su decisión en los concretos actos que conforman el procedimiento. Al constatar que el organismo nacional puede incoar de oficio el procedimiento, dispone de amplias facultades de investigación para el esclarecimiento de los hechos, puede practicar de oficio medios de prueba y si se recurre la resolución que dicta ha de comparecer como parte demandada ante un tribunal contencioso-administrativo, el TJUE declara que no reviste el carácter de "órgano jurisdiccional" en el sentido del art. 267 TFUE (aps. 46-50).

Al igual que ha sucedido a raíz de anteriores sentencias del TJUE, a nuestro entender el legislador español se halla de nuevo ante la tesitura de proceder a reformar el procedimiento de cuenta jurada o, incluso, de proyectar su derogación. En lo que atañe a esta última alternativa, entendemos que es la menos probable, en particular, si atiende a los pronunciamientos de nuestro TC que ha justificado con razones objetivas la existencia y pertinencia de aquel procedimiento. Su reforma, en cambio, no podrá eludirse y son varias las medidas a adoptar teniendo en mente las modificaciones ya operadas en la LEC como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE. Una posibilidad consistiría en incorporar al procedimiento de cuenta jurada el control judicial de oficio sobre cláusulas abusivas con anterioridad al requerimiento de pago; otra, podría estribar en ampliar los motivos de oposición al requerimiento de pago en el seno del procedimiento de cuenta jurada; y, una tercera, podría centrarse, en la ejecución forzosa abarcando tanto el despacho de la ejecución, como la oposición a la misma. Partiendo de la doctrina ya bastante consolidada del TJUE, pronosticamos que la primera posibilidad será la elegida por su similitud con la ya implementada en el proceso monitorio. Ello traerá consigo la devolución, en algunos supuestos, de la competencia a los Jueces y Magistrados.

#### 4.2. Ejecución forzosa

Las consecuencias de la STJUE dictada en el as. C-503/15 *Margarit Panicello* van a dejarse notar también en el proceso de ejecución forzosa de títulos ejecutivos procesales debido a que en su decisión el alto Tribunal no se limita a declarar que en el ámbito del procedimiento de "cuenta jurada" el LAJ no constituye un "órgano jurisdiccional" a los efectos del art. 267 TFUE, sino que a *mayor abundamiento* sugiere cuál ha de ser la actuación del Juez nacional y la del legislador español. El primero, antes de despachar ejecución sobre la base del decreto dictado por el LAJ deberá, al amparo de la regla de la interpretación conforme, examinar de oficio si alguna de las cláusulas del contrato celebrado entre un procurador o un abogado y su cliente presenta carácter abusivo. El segundo deberá proceder a reformar la normativa de la LEC relativa al despacho y oposición a la ejecución con el fin de equipar el decreto del LAJ al régimen previsto para los títulos extrajudiciales. Con respecto a las modificaciones legislativas en el marco de la ejecución forzosa, debe señalarse que en la actualidad solo han recaído, de forma expresa y clara, sobre la ejecución de títulos extrajudiciales.

Antes de proceder al comentario de aquellas novedades legislativas, estimamos oportuno detenernos en la ejecución de títulos procesales y laudos arbitrales, sobre todo por una "extraña" técnica legislativa mediante la cual se ha pretendido reformar alguno de sus extremos. Hasta la actualidad no se ha operado ninguna reforma en los artículos de la LEC en orden a otorgar al tribunal, ante el que se pide el despacho de la ejecución fundado en un título procesal o un laudo arbitral, el poder de advertir de oficio el posible carácter abusivo de una cláusula. Si a la demanda ejecutiva se acompaña un título ejecutivo judicial, un laudo o un acuerdo de mediación, el tribunal debe despachar ejecución cuando concurren los presupuestos y requisitos procesales y el título sea regularmente formal (art. 552.1 LEC). En fase de oposición, el ejecutado sólo podrá esgrimir el pago o cumplimiento de lo ordenado en el título ejecutivo, así como la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones celebrados para evitar la ejecución e incorporados a un documento público (art. 556 LEC). Ahora bien, TJUE sí se ha pronunciado sobre el alcance del examen de oficio que ha de realizar el Juez ante el que se solicita el despacho de la ejecución con base en un laudo arbitral.

La sentencia de 6.10.09 dictada en el as. C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones, S. L.*, resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español en la que pregunta si la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que el Juez, que conoce de la demanda de ejecución forzosa de un laudo firme emitido en un procedimiento arbitral en el que no ha comparecido el consumidor, debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula arbitral contenida en el contrato y anular el laudo. El TJUE declara que en un caso, como el que le ocupa, en el que el consumidor ha mostrado una absoluta pasividad, pues ni se ha personado en el procedimiento arbitral ni ha interpuesto una acción de anulación del laudo, el principio de efectividad no puede significar que el órgano judicial deba suplir la inactividad de aquel (ap. 47). Declaración con la que, además, solventa el comprometido problema de si el derecho comunitario obliga a un Juez nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que otorgan fuerza de cosa juzgada a una resolución (ap. 37). En cambio, el análisis desde la óptica del principio de equivalencia da lugar a que el TJUE sostenga que si el Juez nacional, que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme puede apreciar de oficio, con arreglo a las normas procesales internas, la vulneración de las normas nacionales de orden público, también está obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, ya que el art. 6 Directiva 93/13/CEE no tiene carácter imperativo, sino que es una disposición indispensable para el logro de una de las misiones confiadas a la UE: elevar el nivel y la calidad de vida de sus ciudadanos (aps. 51-53). En definitiva, para el TJUE es tarea del Juez nacional agotar todas las posi-

bilidades que existen en el ordenamiento jurídico interno con vistas a que el consumidor no quede vinculado por una cláusula abusiva<sup>46</sup>.

Pues bien, la técnica legislativa a la que hemos calificado de "extraña" ha pretendido al parecer modificar el régimen jurídico previsto en la LEC respecto de la ejecución de laudos arbitrales, pero ha utilizado una vía inaudita. La modificación es anunciada en el preámbulo de la Ley 42/2015 que reforma la LEC señalando que "se da cobertura a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009 y al criterio consolidado en nuestra jurisprudencia al incorporar la posibilidad del control judicial de las cláusulas abusivas en el despacho de la ejecución de laudos arbitrales, al igual que ya está previsto para los títulos no judiciales" (V). La consecuencia lógica de lo transcrito hubiera debido ser la reforma del tenor literal de los preceptos reguladores del despacho de la ejecución (art. 552 LEC) y de la oposición a la misma (arts. 556 y 557 LEC) añadiendo, a los títulos ejecutivos extrajudiciales, los laudos arbitrales y los títulos ejecutivos procesales. Pero no ha sido de esta manera, sino que sin reformar dichos preceptos se ha dictado una norma de derecho intertemporal que da por efectuada tal reforma. En efecto, la disposición transitoria segunda de la Ley 42/2015 prevé que en los supuestos de ejecuciones de laudos arbitrales dictados resolviendo conflictos nacidos de un contrato celebrado entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, "que no estuvieran archivados definitivamente" el Juez o el LAJ si aprecia que alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que determina la cantidad exigible puede ser calificada de abusiva, suspenderá la ejecución dando audiencia a las partes.

A esta situación de incertidumbre debe proporcionársele una vía que contribuya, al menos, a reducirla a su mínima expresión, pues, nada resulta más contraproducente para un sistema jurídico que la inseguridad en la interpretación y aplicación de las normas que lo forman. Con esta modesta intención y teniendo en cuenta, de una parte, los pronunciamientos de dos sentencias del TJUE ya citadas, as. C-503/15 *Margarit Panicello* y as. C-49/14 *Finanmadrid E.F.C., S.A.* según los cuales la falta de previsión por la LEC del examen de oficio del Juez competente para despachar ejecución de títulos procesales y laudos arbitrales es contraria a las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE y, de otra, la doctrina del TJUE acerca del deber del Juez nacional de intervenir de oficio para evitar que el consumidor quede obligado por cláusulas abusivas sin que dicha intervención dependa de la conducta de este último, cabe proponer, sobre la base de la obligación de la interpretación del derecho nacional conforme a la luz de la letra y finalidad de la Directiva, que los Jueces españoles examinen de oficio el contrato o el convenio arbitral de consumo que dio lugar a la emisión de un título ejecutivo procesal o un laudo arbitral<sup>47</sup>.

#### 4.2.1. Ejecución judicial de títulos extrajudiciales

La disciplina de la ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales y del procedimiento de ejecución hipotecaria ha sido la primera en ser reformada como consecuencia de la doctrina del TJUE. La innovación legislativa, operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha conllevado un aumento de los poderes de dirección material del Juez, así como una ampliación de las causas de oposición a la ejecución.

El aumento de los poderes de dirección material del Juez se plasma en el alcance del examen que ha de efectuar de oficio como paso previo al despacho de la ejecución. Además de comprobar si concurren los presupuestos procesales, el título ejecutivo es regularmente formal y los actos procesales cuyo ejercicio se solicita son conformes con la naturaleza y contenido del título, el Juez ha de indagar el posible carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Esto es, se le otorga el poder de examinar, *in limine litis* y *ex officio*, la existencia de motivos de fondo que impidan el despacho de la ejecución. Ello comporta que si el Juez aprecia que alguna cláusula presenta aquel carácter ha de dar audiencia a las partes. Una norma en el expresado sentido es incorporada al art. 552.1 LEC, el cual

---

46 Un examen exhaustivo de la sentencia *Asturcom Telecomunicaciones, S.L.* y de sus consecuencias en la práctica de nuestros tribunales, es realizado por Ruiz Moreno, J. M<sup>a</sup> (2010): "La hiperprotección del consumidor por medio de la ejecución y anulación del laudo en el arbitraje de consumo. Un estudio basado en la doctrina jurisprudencial", en Cubillo López, I. J. (coord.): *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor. pp. 367-372; y Pardo Iranzo, V. (2012): "La especial protección de los consumidores por la Directiva 93/13/CEE del Consejo: el control judicial de la nulidad de la cláusula arbitral", en De la Oliva Santos, A. y Calderón Cuadrado, M<sup>a</sup> P. (dir.): *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*. 1<sup>a</sup> ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor, pp. 505-510.

47 Se han mostrado favorables a esta tesis, incluso con anterioridad a la Ley 42/2015, Gimeno Sendra, V. (2013): "Las cláusulas abusivas", cit. y Marcos Francisco, D. (2015): "Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extraprocesales para su protección". *Indret* 3/2015, pp. 35-39.

al estar colocado en sede de disposiciones generales debe estimarse también aplicable al procedimiento de ejecución hipotecaria<sup>48</sup>.

El incremento de los motivos de oposición refuerza las facultades procesales del deudor. El carácter abusivo de alguna cláusula contenida en el título se añade a las causas ya previstas en la ejecución forzosa común de los títulos ejecutivos extrajudiciales y también se agrega a las causas establecidas en sede de ejecución hipotecaria (arts. 557.1.7ª y 695.1.4ª LEC)<sup>49</sup>. Con la diferencia, de que respecto de esta última no es suficiente con que el ejecutado se oponga alegando que el título ejecutivo contiene una o varias cláusulas abusivas sino que ha de precisar que las que presentan tal carácter constituyen bien el fundamento de la ejecución bien determinan la cantidad que le es reclamada.

Es conocido que las reformas de la LEC en materia de ejecución forzosa, que brevemente se acaban de apuntar, se originan en la sentencia del TJUE de 14.03.2013 as. C-415/11 *Aziz*<sup>50</sup>. Dicha resolución declara que una normativa reguladora de la ejecución hipotecaria que, de un lado, prohíbe al ejecutado que alegue el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo y, de otro lado, no autoriza al Juez, que tramita el proceso declarativo posterior o simultáneo en el que el ejecutado alega la nulidad de la cláusula abusiva, a que decrete la suspensión cautelar del procedimiento de ejecución hipotecaria, no es compatible con la protección que la Directiva 93/13/CEE otorga a los consumidores. El TJUE afirma taxativamente que, en ningún caso, tal protección debe entenderse satisfecha mediante la prestación a posteriori de una indemnización, pues este medio no es ni adecuado ni eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas (en especial cfr. aps. 60 y 64)<sup>51</sup>.

La configuración del procedimiento de ejecución hipotecaria vuelve a ser nuevamente modificada a raíz de la STJUE de 17.07.2014, as. C-169/14 *Sánchez Morcillo y Abril García* en la que se sostiene que dicho procedimiento vulnera el principio de igualdad procesal consagrado en el art. 47 CDFUE, acentuando el desequilibrio entre el consumidor y el profesional ya que priva al primero de una oportunidad razonable de defender sus intereses. Ello es debido a que si bien era impugnabile la resolución que ponía fin a la oposición a la ejecución ordenando el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva, no lo era en cambio la que desestimaba la oposición a la ejecución. El restablecimiento de la igualdad de facultades procesales entre las partes se lleva a cabo por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, convalidado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo. No obstante, la reforma legislativa podría haber ocasionado cambios más trascendentales ya que el TJUE incurre, en la citada resolución, en cierta incongruencia por *extra petita* al abordar, sin que figure en el reenvío prejudicial, la clase de relación que debería establecerse entre el procedimiento de ejecución hipotecaria y el proceso declarativo en el que el deudor solicita que se declare la inexistencia o inexigibilidad del crédito. A su parecer, el procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en la LEC es insuficiente para lograr el cese de la aplicación de una cláusula abusiva incluida en documento auténtico de constitución de hipoteca, particularmente, porque no podrá ser suspendido por el Juez que conoce del proceso declarativo (ap. 51 y fallo)<sup>52</sup>.

La doctrina procesalista denunció hace tiempo la extremada dureza de la ejecución hipotecaria respecto de quien aparece como deudor en el título ejecutivo. En su afán por conceder al acreedor una vía expedita y eficaz para recuperar la cantidad de dinero prestada sobre la base de la garantía hipotecaria, aquella incurre en un "intencionado desprecio por la realidad extra registral" así como en una considerable "dosis de aldeana desconfianza hacia los órganos jurisdiccionales". Su regulación

48 Vid. en este sentido, Banaolche Palao, J. (2014): "Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada". *Diario La Ley*, nº 8312, 16 de mayo de 2014.

49 Y ello pese a que, de un lado, la restricción de las causas de oposición y de suspensión del procedimiento y, de otro, la imposibilidad de que el proceso de declaración tramitado de forma simultánea pueda paralizarlo, se habían erigido desde 1909 en las características esenciales de la ejecución hipotecaria. Vid. por todos, Bonet Navarro, A. (2015): *La experiencia procesal del fracaso del derecho*. Prensas de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza, pp. 96-104.

50 La sentencia dictada en el as. C-415/11 *Aziz*, ha dado lugar a un número considerable de análisis efectuados desde diversas perspectivas. Desde la perspectiva del derecho procesal, vid. en particular, el efectuado por Jimeno Bulnes, M. (2014): "Perspectiva actual del espacio judicial europeo en materia civil y penal. Especial incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en Jimeno Bulnes, M. (coord.) *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia*. Comares. Granada, pp. 13-19.

51 La sentencia *Aziz* es completada por el auto del TJUE de 14.11.2013, as. acumulados C-537/12 y 116/13 *Banco Popular Español, S.A.*, pues, afirma que una normativa nacional que no permite al Juez que tramita una ejecución hipotecaria examinar, ya sea de oficio ya a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, se opone a la Directiva 93/13/CEE.

52 Sobre las medidas cautelares que pueden adoptarse a raíz de la STJUE dictada en el as. C-169/14 y los órganos judiciales que ostentan la competencia funcional, vid. Pérez Daudí, V. (2014): "Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior". *Diario La Ley*, nº 8391, 3 de octubre de 2014.

muestra que se ha caído en el crónico error sobre la naturaleza de la ejecución forzosa que consiste en "exonerar al acreedor de la previa prueba de los hechos constitutivos de su derecho a la tutela (acreditando otros), pero no en amordazar a quien ya es ejecutado e impedirle que ponga de relieve otros hechos que impidan, enerven o extingan la eficacia de los hechos constitutivos de cuya prueba se le relevó. Ni por hipótesis es admisible que los órganos jurisdiccionales concedan tutelas inexistentes, y menos aún a pesar de la protesta de quien las padece"<sup>53</sup>.

El planteamiento de cuestiones prejudiciales ante TJUE muestra que una buena parte de los tribunales españoles están en contra de la regulación actual de la ejecución hipotecaria, claramente al menos cuando el deudor es un consumidor y la garantía hipotecaria de la deuda que han contraído se constituye sobre su vivienda habitual. La valoración negativa ya se puso de manifiesto, con anterioridad a la intervención del TJUE, mediante el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad<sup>54</sup>. Sin embargo, el TC sancionó la constitucionalidad de la ejecución hipotecaria regulada en la LEC argumentando, esencialmente, que las extraordinarias limitaciones impuestas a la oposición del ejecutado no vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ya que, en primer lugar, cuando constituye una hipoteca admite que su defensa tiene una eficacia momentáneamente disminuida y, en segundo término, queda abierta a todos los interesados la posibilidad de promover la salvaguarda de sus derechos mediante al incoación del juicio declarativo posterior<sup>55</sup>.

Las modificaciones legislativas efectuadas hasta la fecha no se estiman suficientes, pues, los intentos dirigidos a provocar nuevas reformas no cesan. El mismo tribunal español que efectuó el reenvío prejudicial dando lugar a la STJUE emitida en el as. C-169/2014, vuelve a plantear al TJUE una nueva cuestión que es resuelta en el auto de 16.07.14 as. C-539/14 *Sánchez Morcillo y Abril García*. Sin embargo, en esta ocasión, los pronunciamientos de Tribunal de Luxemburgo han dejado intacto el art. 695.4 LEC. La duda del tribunal español giraba en torno a si el art. 7 Directiva 93/13/CEE se oponía a la disposición del art. 695.4 LEC que concede al ejecutante profesional más motivos de apelación contra el auto que decide la oposición que los otorgados al ejecutado consumidor. Cabe entender que la *ratio decidendi* de la resolución del TJUE reside en que la pregunta formulada cae fuera del campo en el que opera la Directiva 93/13/CEE. Así, el hecho de impedir al consumidor que impugne el auto que desestima la oposición fundada en causas distintas de la abusividad de las estipulaciones contractuales es un extremo ajeno al ámbito de aplicación de la mencionada Directiva, por lo que tal limitación no restringe la protección que con ella se pretende proporcionar al consumidor (aps. 42-44).

En ese mismo auto, el TJUE parece que quiera terciar y poner fin al debate acerca de si el procedimiento de ejecución hipotecaria es una vía idónea para la protección de los derechos de los consumidores. Ello se infiere de sus declaraciones consistentes en destacar que el sistema procesal español de ejecución hipotecaria considerado en su conjunto, primero, "ya no expone al consumidor al riesgo de perder definitiva e irreversiblemente su vivienda como consecuencia de una venta forzosa incluso antes de que un tribunal haya podido pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual en la que el profesional fundamenta su demanda" (ap. 47); y segundo ofrece al consumidor una oportunidad razonable de ejercitar las acciones judiciales fundadas en los derechos reconocidos en la Directiva 93/13/CEE "en condiciones que no lo coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con el profesional acreedor ejecutante" (ap. 48)<sup>56</sup>.

---

53 Fernández-Ballesteros, M. A. (2001): *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Iurgium editores. Madrid, pp. 632. Cfr. asimismo, Cordón Moreno, F. (2002): *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 408 y 409; y Montero Aroca, J. (2012): *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1186-1200.

54 El iter recorrido por nuestros tribunales, desde el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC a cuestiones de prejudicialidad ante el TJUE, es analizado por Díez García, H. (2015): "Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del art. 114.III LH y de la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo)" en Díaz Alabart, S. (dir.) y Represa Polo, Mª P. *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios* (Directiva 2014/17/UE). Ed. Reus. Madrid, pp. 299-305.

55 Vid. SSTC 41/1981, 64/1985, 8/1991, 6/1992, 217/1993, 269/1993, 21/1995, 69/1995, 223/1997, 158/1997 siendo la primera y la última del Pleno; así como, los AATC, Pleno, 113/2011 y 113/2014.

56 El debate todavía continúa en la magistratura española. Da buena cuenta de ello el auto del TJUE dictado el 23.02.16 en el as. C-380/15 *Garzón Ramos*. Mediante el reenvío prejudicial, el tribunal español pretende que el TJUE se pronuncie acerca de la compatibilidad de la norma procesal (art. 698.1 LEC), que impide que el proceso declarativo en el que se solicite la nulidad del título ejecutivo surta el efecto de suspender la ejecución hipotecaria, con el art. 47 CDFUE en el que se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, la cuestión formulada por el tribunal español, en la que no se contiene dato alguno que permita considerar que el objeto del litigio principal se refiera a la interpretación o aplicación de una norma europea distinta a las incluidas en la CDFUE, queda sin contestar al declararse el TJUE manifiestamente incompetente. Funda su decisión en el art. 51.1 CDFUE. Este precepto establece que las disposiciones de la CDFUE están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la UE. Vid. las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* que fueron elaboradas bajo la responsabilidad del Presidium de la Convención que redactó la CDFUE (DOUE C 303 de 14.12.2007).

#### 4.2.2. Ejecución hipotecaria extrajudicial

El examen de la ejecución forzosa bajo el prisma del principio de efectividad de los derechos y la protección concedida a los consumidores por la Directiva 99/13/CEE se está ampliando a la ejecución hipotecaria extrajudicial. Como ha sucedido en otros supuestos ya señalados, las dudas de los tribunales españoles se desencadenan a partir de sentencias del TJUE que han recaído en asuntos similares planteados por tribunales de otros Estados miembros. Así, en lo relativo a la ejecución hipotecaria extrajudicial debe repararse en la STJUE de 10.09.2014 dictada en el as. C-34/13 *Kušionová* que se pronuncia sobre varias cuestiones formuladas por un tribunal eslovaco. Las preguntas versan sobre si, desde la óptica de los arts. 38 y 47 CDFUE, las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE se oponen a la normativa procesal nacional que permite el cobro de un crédito, basado en cláusulas posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de un inmueble dado en garantía por el propietario-consumidor sin que esté previsto un control judicial de oficio de la abusividad de dichas cláusulas.

El TJUE enfoca el análisis del caso concreto desde los postulados del principio de efectividad en orden a determinar en qué medida la regulación procesal nacional convierte en imposible o en excesivamente difícil la protección conferida por la Directiva 93/13/CEE. En sus resoluciones reitera que las características específicas de un procedimiento nacional no son fundamento suficiente en el que pueda ampararse una disminución de la protección a los consumidores. El análisis de aquellas características no debe efectuarse de forma aislada sino teniendo en cuenta el lugar que ocupan en el sistema procesal y los principios que lo informan, entre ellos el principio de justicia rogada, pues como declara el TJUE "el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor" (ap. 56). Este método implica que el TJUE observe cuáles son las facultades procesales que puede ejercitar el consumidor para lograr que la protección legal sea efectiva. El derecho eslovaco al prever de un lado que el consumidor pueda impugnar la venta en subasta en un plazo de 30 días contados a partir de la notificación de la ejecución de la garantía lo que permite al Juez competente declarar la nulidad de la venta y, de otro, que dicho Juez pueda adoptar la medida provisional de suspensión de la subasta, establece actos procesales efectivos, disuasorios y proporcionados que permiten al consumidor y al Juez reaccionar ante infracciones del derecho UE. De ahí que el TJUE afirme en su decisión que la normativa eslovaca sobre la ejecución extrajudicial de un bien inmueble es compatible con las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE (ap. 68).

Retornando a nuestro ordenamiento jurídico, las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal español en el as. C-598/15 *Banco Santander, S.A.* acerca de la ejecución extrajudicial se sustentan en el deber de examinar de oficio la abusividad de las cláusulas contractuales. En consecuencia, plantea si el 129 Ley Hipotecaria reformado por la Ley 1/2013 es contrario a los preceptos de la Directiva 93/13/CEE puesto que en el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial solo se prevé como acto de protección de los consumidores "una simple facultad de advertencia por un Notario de la existencia de cláusulas abusivas; o la posibilidad de que el deudor consumidor ejecutado interponga una demanda en un proceso judicial independiente antes de que el Notario haya adjudicado la finca ejecutada". A nuestro entender, la exposición del contenido de las normas comprendidas en el art. 129 LH que efectúa el tribunal es incompleta e imprecisa. De acuerdo con la letra f de su apartado segundo, cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, debe ponerlo en conocimiento del deudor, acreedor y, en su caso, del avalista e hipotecante no deudor a los efectos oportunos. Tras recibir esta información, el deudor puede acudir al Juez competente ante el que se tramitará la oposición a la ejecución por idénticos trámites que los establecidos para la ejecución hipotecaria judicial (art. 695 LEC). Cuando el deudor acredite haber incoado la oposición, el Notario debe suspender la venta extrajudicial<sup>57</sup>.

En definitiva, a nuestro juicio y con el máximo respeto a la labor judicial, el reenvío prejudicial que da lugar al as. C-598/15 *Banco Santander, S.A.*, respecto del cual mientras se redactan estas líneas no se han hecho públicas las conclusiones del Abogado General, describe una vía procedimental de manera incompleta situando al TJUE ante un panorama que no se corresponde con el legalmente previsto dificultándole su tarea<sup>58</sup>. Además, los términos en los que el tribunal español formula las restantes preguntas podría privar de objeto al juicio verbal regulado para la protección de derechos

57 Este asunto es abordado por el Pleno de la Sala de lo Civil del TS en su sentencia núm. 483/2016, de 14 de julio (RJ 2016\3399), aclarando que la cláusula, que habilita al acreedor hipotecario para acudir en caso de vencimiento anticipado por incumplimiento del prestatario a la venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH, no es en sí misma abusiva.

58 Las consecuencias negativas para los sistemas procesales civiles nacionales de un incorrecto planteamiento de cuestiones prejudiciales han sido señaladas por la doctrina española e italiana, vid. entre otros, Ormazábal Sánchez, G. (2014): "Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda". Unión Europea, núm. 82, p. 33; y Pagliantini, S. (2012): *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit., p. 100.

reales inscritos en el Registro de la Propiedad que impliquen posesión (art. 250.1.7º LEC) y atentar contra el principio de legitimación registral consagrado en los arts. 1 y 38 LH<sup>59</sup>.

## 5. Repercusiones del principio de efectividad en instituciones relativas al objeto del proceso

A la espera de futuras sentencias que se pronuncien sobre la compatibilidad de la normativa contenida en Directivas sobre protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios con instituciones jurídico-procesales relativas al objeto del proceso reguladas por la LEC, se destina este apartado al enfoque que el TJUE otorga a la prejudicialidad, la preclusión y el ejercicio de oficio de la acción civil.

### 5.1. Prejudicialidad

El TJUE ha debido ocuparse de una vertiente de la prejudicialidad en la sentencia de 14.04.2016 dictada en los as. acumulados C-381/14 y C-385/14 *Sales Sinués*. Nos referimos a la prejudicialidad civil en el proceso civil suscitada a raíz de la tramitación simultánea de demandas individuales interpuestas por consumidores y una demanda incoada por una asociación de consumidores y usuarios en la que se ejercía una acción colectiva dirigida a obtener la cesación del uso de las denominadas "cláusulas suelo" en los contratos de préstamos hipotecarios. Las entidades financieras demandadas solicitaron la suspensión de los procesos en los que se sustanciaban las acciones individuales hasta que el proceso en el que se tramitaba la acción colectiva finalizara por sentencia firme. El reenvío prejudicial al TJUE tiene lugar porque el Juez español, si bien entiende que el art. 43 LEC le obliga a suspender el proceso en el que se tramitan las acciones individuales, alberga dudas sobre si la suspensión es conforme a la Directiva 93/13/CEE.

Para el Juez español el deber de suspender los procesos en los que se tramitan las acciones individuales le impide valorar si la suspensión es pertinente desde la óptica de la protección debida a los consumidores. En todo caso, constata que la suspensión y la vinculación a la decisión que se adopte respecto de la acción colectiva perjudican a los consumidores, ya que restan trascendencia a las alegaciones fácticas y jurídicas que aquellos hayan aportado al proceso en defensa de sus intereses particulares y pierden su derecho a renunciar a la exclusión de una cláusula abusiva.

El razonamiento empleado por el TJUE para resolver la cuestión que se le plantea se basa en señalar las particularidades de las acciones colectivas respecto de las individuales. Especialmente, subraya que del hecho de que las acciones de cesación desempeñen un importante papel en orden a lograr un elevado nivel de protección de los intereses de los consumidores, no se colige necesariamente que las personas jurídicas legitimadas para ejercitarlas, esto es, las asociaciones de consumidores y usuarios se hallen respecto de los empresarios en una situación de inferioridad. Junto a lo anterior, el Tribunal de Luxemburgo indica que, dada la índole meramente procesal de la relación entre las acciones individuales y la acción colectiva, la protección de los intereses de los consumidores goza de prioridad respecto el objetivo que persigue la prejudicialidad, esto es, evitar resoluciones judiciales contradictorias (aps. 27-30).

En su decisión, el TJUE declara que el art. 7 Directiva 93/13/CEE se opone a la normativa nacional que, como la que rige los procesos principales, obliga al Juez que tramita una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado con un empresario, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que se dicte sentencia firme en un proceso pendiente en el que se ventila una acción colectiva cuyo objeto es el cese del uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige la acción individual. La clave, a efectos de interpretaciones conformes del art. 43 LEC, reside, en que la suspensión que resulta incompatible con el sistema de protección de la Directiva es la de índole obligatoria y automática. Por consiguiente, la suspensión que sea decretada habiendo valorado su idoneidad desde la perspectiva de la protección del consumidor y habiendo permitido a este último desvincularse de la acción colectiva, sí es compatible con aquel sistema.

Aun cuando la desvinculación, o la posibilidad de autoexclusión de los consumidores de los efectos de la sentencia dictada en el proceso en el que se ha ejercitado la acción colectiva, no se con-

---

<sup>59</sup> En dos de las cuestiones prejudiciales del as. C-598/15, el tribunal español insiste en preguntar si es contraria a los preceptos de la Directiva 93/13/CEE la regulación de un proceso, como el previsto en el art. 250.1.7º LEC que obliga al Juez nacional a dictar una sentencia acordando la entrega de la vivienda adjudicada en una venta extrajudicial, porque en dicho proceso no cabe examinar de oficio el posible carácter abusivo de cláusulas insertas en contratos con consumidores.

templan en la LEC<sup>60</sup>, la compleja situación en la que sitúa la anterior sentencia tanto a los jueces como al legislador español puede ser esquivada gracias a la doctrina legal del TS cuando delimita la prejudicialidad civil declarando que su existencia requiere la conexión entre el objeto de los dos procesos que se están sustanciando, de modo que lo que en uno de ellos se decida sea el antecedente lógico de la resolución del otro. Por esta razón, y a los efectos de evitar la posibilidad de dos fallos contradictorios, uno de los procesos debe suspenderse a la espera de que en el otro se resuelva una cuestión que es previa a la que constituye su objeto principal. Pues bien, según el TS la acción colectiva no es prejudicial respecto de la acción individual porque entre ellas no existe la suficiente conexión; mientras en la primera se lleva a cabo un control abstracto de validez de las cláusulas en consideración de lo que puede ser considerado un consumidor medio y de las características de la contratación en masa, en la acción individual el examen debe centrarse en las circunstancias concurrentes del caso concreto, siendo terminante la posición del concreto consumidor-demandante. Concluye el TS que en razón de la distinta óptica de enjuiciamiento, no existe el riesgo, que pretende conjurar el art. 43 LEC, de que se dicten sentencias contradictorias<sup>61</sup>.

## 5.2. Preclusión y ejercicio de la acción civil

Los instrumentos normativos UE contemplan la protección de los consumidores no solo en el ámbito de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas, sino que abarcan otras esferas en las que los intereses individuales se distinguen de los generales con mayor nitidez, seguramente porque las actuaciones empresariales no dan lugar a un desequilibrio tan acusado entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes como en aquel ámbito. Esta realidad conduce a que se suscite la pregunta relativa a si, en esos otros campos, la tutela judicial de los consumidores también ha de fundarse en la intervención de oficio de los tribunales.

Un contexto adecuado en el que cabe verificar las distintas respuestas al interrogante formulado es la sentencia del TJUE de 3.10.2013, as. C-32/12 *Duarte*. La normativa europea que, en este supuesto, puede oponerse a los principios que informan nuestro sistema procesal civil no es la Directiva 93/13/CEE sino la Directiva 1999/44/CE *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*<sup>62</sup>. Sus arts. 2 y 3 disponen que el vendedor está obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme con el contrato de compraventa. En caso de falta de conformidad, el consumidor puede exigir la reparación o sustitución del bien sin cargo alguno (pretensiones primarias), o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato (pretensiones secundarias o subsidiarias).

Los preceptos de la LEC que al parecer del Juez español que formula la cuestión de prejudicialidad son incompatibles con la Directiva 1999/44/CE no tienen como fin regular aspectos procedimentales sino que se erigen en la base del proceso civil tanto del inspirado por el principio dispositivo como por el principio de oficialidad, pues, en ninguno de ellos ejercita la acción el tribunal sino la parte actora. Estas normas son los arts. 216, 218 y 400 LEC.

En la cuestión prejudicial, el Juez solicita al TJUE que se pronuncie acerca de si la Directiva 1999/44/CE se opone a la normativa de un Estado miembro que, cuando un consumidor en lugar de exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien, reclama judicialmente la resolución del contrato que no va a poder ser estimada porque la falta de conformidad es de escasa importancia, prohíbe al Juez nacional decretar de oficio la reducción del precio (art. 216 LEC principio de justicia rogada y 218 LEC congruencia) y ello a pesar de que no se concede al consumidor ni la posibilidad de modificar su pretensión inicial (art. 412 LEC prohibición del cambio de demanda) ni la de presentar una nueva demanda (art. 400 LEC preclusión de alegación de hechos y fundamentos jurídicos).

Formulada la cuestión en los términos y el sentido que se acaba de recoger, el TJUE en una sentencia sorprendentemente breve<sup>63</sup>, teniendo en cuenta la relevancia del asunto, como lo pone de manifiesto la mayor extensión y profundidad de análisis de las conclusiones de la Abogado General, ventile el tema afirmando que la LEC, al no prever la facultad del Juez de otorgar de oficio la reduc-

60 Los temas de la desvinculación y de la extensión subjetiva de la sentencia dictada en un proceso colectivo son ampliamente tratados por Planchadell Gargallo, A. (2014): Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado. Tirant lo blanch. Valencia, en esp. pp. 216-220.

61 Cfr. STS, Sala Civil, de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013\3088); y ATS, Sala Civil, de 6 de noviembre de 2013 (JUR 2013\355553).

62 La Directiva 1999/44/CE fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 23/2003, de 10 de julio, *de garantías en la venta de bienes de consumo*. Dicha Ley fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el *Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*.

63 Al parecer es un rasgo que caracteriza a las resoluciones del TJUE cuando se enfrenta a instituciones jurídico-procesales básicas y complejas. Así lo manifiesta Consolo, C. respecto de la sentencia Lucchini que la tacha de "francescana semplicità" ("La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro", *Rivista di Diritto Processuale*, 2008, p. 228).

ción del precio, no protege a la consumidora y no es compatible con la Directiva 1999/44/CE. El TJUE que la LEC no se opondría a la Directiva 1999/44/CE en el caso de que concediera al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial o presentar una nueva demanda. Aun cuando pudiera parecer que esta matización constituye un contrapeso al ejercicio de oficio de la acción, varios fundamentos del fallo revelan que el TJUE ha adoptado, también en el as. *Duarte*, una posición decididamente favorable a la actuación de oficio del Juez<sup>64</sup>.

A nuestro parecer, son más acertadas las conclusiones de la Abogado General, en particular, porque examina con rigor y detenimiento los importantes principios e instituciones procesales que están en juego. La equilibrada ponderación que manifiestan sus razonamientos obedece a que analiza la cuestión que plantea el Juez español a partir del significado del principio de efectividad en su versión elaborada en el tercer período al que nos referíamos en el apartado segundo del presente trabajo. Es decir, para poder concluir que la disposición nacional hace imposible o muy difícil la aplicación del derecho comunitario ha tenido en cuenta "el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales" y ha tomado en consideración los "principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento". El hecho de prestar la debida atención a la normativa nacional sobre la que recae la duda de la compatibilidad con el derecho UE le conduce a subrayar la relevancia del principio dispositivo en la determinación de las cargas procesales de las partes y los límites de la intervención del tribunal en el proceso civil. Admite que dicho principio está "presente tanto en el Derecho procesal español como en el de muchos otros Estados miembros" y recuerda que el TJUE ha confirmado que no se opone al principio de efectividad (ap. 32).

Asimismo, la Abogado General repara en las diferencias entre la Directiva 93/13/CEE y la Directiva 1999/44/CE. Esta última no atiende al momento de la celebración del contrato sino al de su cumplimiento por lo que la actuación de oficio del tribunal no cumple la función de disuadir a las empresas de incorporar a los contratos cláusulas abusivas. Y en lo atinente a la posición del consumidor sostiene que su situación de inferioridad respecto al profesional no es comparable con la que tiene en el momento de celebrar el contrato pues le resulta sencillo discernir si el bien que ha comprado presenta la calidad expresada en el contrato. En consecuencia, no es exigible una intervención judicial consistente en rebajar de oficio el precio del bien, pues, con la misma no se reforzaría la posición de los consumidores, sino que por el contrario les concedería una nueva arma procesal<sup>65</sup>.

En cualquier caso, lo anterior no le impide observar que, partiendo del sentido con la que se ha suscitado la cuestión prejudicial, la regulación procesal civil española hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 1999/44/CEE concede al consumidor. Y, seguidamente, apunta diversas opciones de interpretación conforme de las normas de la LEC con el fin de ayudar al Juez español a dar con las medidas apropiadas que faciliten al consumidor la posibilidad de corregir por sí mismo la formulación inadecuada de su pretensión. En primer lugar, la Abogado General propone la modificación de la demanda. En segundo término, indica la alternativa de una acumulación eventual de acciones implícita (la pretensión de resolución contractual incluiría la de rebaja del precio). En tercer lugar, señala la opción de que el Juez nacional rebaje el alcance de la cosa juzgada en función de la extensión que se reconozca a la congruencia. Finalmente, si se rechazaran las anteriores medidas, cabría pensar en la rebaja de oficio del precio.

Con excepción de la última, las alternativas sugeridas son dignas de ser evaluadas en orden a proteger a los consumidores en el marco de un proceso civil regido por el principio dispositivo. Pero debe señalarse que todas ellas son consecuencia de cómo el Juez español interpreta las normas del art. 400 LEC. Les atribuye un sentido que no es compartido por un importante sector doctrinal ni por la jurisprudencia del TS. Ambos sostienen que la preclusión a la que alude el art. 400 LEC no se refiere a pretensiones sino, únicamente, a los elementos fácticos y jurídicos que conforman la *causa petendi* de la acción afirmada en la demanda o en la reconvencción. Es decir, la carga impuesta al actor por el art. 400 LEC se limita a los hechos y fundamentos de derecho de lo pedido, pero no a las acciones

---

64 La opción favorable del TJUE por el otorgamiento de oficio de una tutela no solicitada por la actora en el proceso principal se manifiesta claramente al razonar que no debe imponerse al consumidor la carga de acumular las distintas acciones que le concede la normativa "ya que existe un riesgo nada desdeñable de que el consumidor afectado no deduzca una pretensión subsidiaria, la cual, por lo demás tendría por objeto una protección inferior a la que tiene por objeto la pretensión principal, ya sea debido a la relación especialmente inflexible de concomitancia que se da entre una y otra pretensión, ya porque el consumidor ignora o no percibe la amplitud de sus derechos" (ap. 38).

65 O, en otras, palabras el derecho subjetivo que ha sido deducido en el juicio es de naturaleza privada, por lo que el modo en que se ejercita en vía jurisdiccional es una consecuencia de tal naturaleza. Este es uno de los razonamientos que desarrollan en su trabajo sobre la sentencia Duarte Córdón Moreno, F. (2013): "La posibilidad de que el Juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor. (STJUE de 3 de octubre de 2013)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8; y Ormazábal Sánchez, G. (2014): "Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda". *Unión Europea*. 82, pp. 29-35.

que aquel podría acumular en la demanda aún de forma eventual o subsidiaria. Por consiguiente, no imputada al actor esa clase de carga, este no experimenta ninguna consecuencia jurídica negativa derivada de la no acumulación de acciones. Ello significa que en un proceso posterior, el actor puede pedir una tutela jurisdiccional distinta pero sustentada en los mismos hechos (fragmento de historia) que fundaron la acción afirmada, debatida y decidida en el primer proceso pues sobre aquella no recayó el efecto de cosa juzgada al no formar parte del objeto virtual del proceso civil<sup>66</sup>.

La sentencia *Duarte* ha tenido una considerable repercusión en el seno de la UE. En algunos casos, ha generado el desarrollo de análisis desde premisas alejadas de la real interpretación y aplicación por nuestros tribunales de la LEC. Así, por ejemplo, se ha afirmado que en nuestro sistema procesal civil la eficacia de cosa juzgada se extiende a todas las acciones que el actor pudo haber ejercitado en procesos anteriores o que una simple equivocación de índole procesal conlleva la absoluta ineficacia de los derechos otorgados por la Directiva 1999/44/CE a los consumidores<sup>67</sup>. Otros estudios del alcance de la influencia de la sentencia *Duarte* se han efectuado, en cambio, desde el desconcierto que provocan los pronunciamientos del TJUE. Así, por ejemplo, la doctrina italiana ha percibido la gravedad de aquellos y ha entendido que debe procederse a una revisión total del sistema procesal civil interno en orden a determinar si es conforme con el alcance que el TJUE atribuye a la tutela jurisdiccional de los consumidores. Ya, en una primera aproximación, constata que dos instituciones que se erigen en pilares fundamentales del derecho procesal italiano no están en armonía con la doctrina del Tribunal de Luxemburgo: la preclusión y la prohibición de la *mutatio libelli*. Asimismo, advierte que la jurisprudencia ha excluido, en virtud del art. 1492 Codice Civile, la acumulación de las acciones de resolución del contrato y de reducción del precio al fundarse ambas en los mismos presupuestos. De modo que un consumidor italiano se encontraría en la misma situación de indefensión que la Sra. Duarte. Llegados a este punto, la solución que propone, aludiendo al carácter instrumental y no neutral de las normas procesales, no es otra que la de seguir la dirección interpretativa que marca el TJUE lo que conlleva a proponer bien el ejercicio sucesivo y separado de las acciones reguladas en defensa de los consumidores en un mismo proceso, bien admitir una segunda demanda en la que se ejercita la acción de disminución del precio<sup>68</sup>.

## 6. Consideraciones finales

No hay duda de que las soluciones propuestas por la doctrina italiana al desafío que para su sistema procesal civil representa la sentencia dictada en el as. *Duarte* pueden ser aplicables al proceso civil español. Sobre todo porque es cierto que en dicha sentencia, al igual que en otras, se observa como el acento se traslada desde la efectividad del Derecho UE hacia la exigencia de la tutela judicial efectiva de los consumidores y, en definitiva, de los ciudadanos. Pero estimamos pertinente recordar al final de este trabajo que, como el propio TJUE ha afirmado en algunas de sus resoluciones, el examen de hasta qué punto una disposición nacional hace imposible o muy difícil la aplicación del Derecho UE debe tener en cuenta al menos dos extremos: primero, los principios en lo que se basa el sistema jurisdiccional nacional y, segundo, el lugar que aquella disposición ocupa en el conjunto del procedimiento.

De ahí que nos parece muy oportuno recordar la sentencia dictada en el as. C-429/05 *Rampion* en la que el TJUE responde una cuestión prejudicial planteada por un tribunal francés sobre la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo*. El tribunal francés pregunta si la citada Directiva tiene una finalidad más amplia que la mera protección

66 Vid. entre otros, De la Oliva Santos, A. (2005): *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. 1ª ed. Civitas-Thomson Reuters. Madrid. esp. pp. 64-79; Tapia Fernández, I. (2010): *La cosa juzgada. (Estudio de jurisprudencia civil)*. Dykinson. Madrid, pp. 117-157; Vallines García, E. (2004): *La preclusión en el proceso civil*. 1ª ed. Civitas-Thomson Reuters. Madrid, pp. 215-225 y Banacloche Palao, J. (2009): "El ámbito de aplicación de la regla de preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". *Revista de Derecho Procesal*. Núm. Homenaje al Profesor Pedro Aragoneses Alonso, pp. 57-85. Entre las SSTS, Sala Civil, que motivan su fallo afirmando que el objeto virtual de un proceso se constituye por todos los posibles fundamentos fácticos y jurídicos de lo que pretenda el demandante, sin que deba apreciarse la existencia de cosa juzgada respecto de la acción que no fue afirmada en el anterior proceso ni tenía el actor la obligación de hacerlo, pueden consultarse, por ejemplo, las de 16.05.2007 (RJ 2007\3555), de 30.03.2011 (RJ 2011\3134), de 9.01.2012 (RJ 2013\1261) y de 21.07.2016 (RJ 2016\3212).

67 Vid. Jansen, S. (2014): "Price reduction as a consumer sales remedy and the powers of national courts: Duarte Hueros". *Common Market Law Review* 51, pp. 976-979.

68 Vid. Gozzi, M. (2015): "Codice del consumo e Directiva 1999/44/CE. Risoluzione del contratto e riduzione del prezzo nella compravendita: i poteri del giudice". *Rivista di Diritto Processuale*, pp. 254 y 255. En similar dirección, esto es incidiendo en que el Juez nacional más allá de una observancia absoluta de aspectos procesales ha de situar en el centro de su función jurisdiccional el logro de la justicia sustancial, se pronuncia Biavati, P. (2014): "Disapplicazione del giudicato interno per effetto del diritto dell'Unione europea?". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 68, pp. 1570-1572.

de los consumidores, de manera que se extiende a la organización del mercado y permite al juez aplicar de oficio las disposiciones que de ella derivan. El TJUE contesta afirmativamente añadiendo que por esa razón el consumidor no tiene la obligación de invocar por sí mismo las normas que le confieren derechos frente al prestamista. En sus observaciones, el Gobierno francés alerta al TJUE que si se autoriza al Juez nacional a que introduzca en el proceso hechos y fundamentos jurídicos no esgrimidos por las partes, se puede provocar que dicho Juez exceda los límites que le marca su deber de congruencia y otorgue una tutela no pedida por el actor (ap. 67).

En definitiva, el debate que se plantea en relación con el deber de actuar *ex officio* que el TJUE está imponiendo a los tribunales nacionales, amparándose en el respeto al principio de efectividad en la tutela de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, debe mantenerse vivo. Hay que someter a permanente examen las tesis que minusvaloran los caracteres que identifican la Jurisdicción y la diferenciación del poder ejecutivo. El tribunal dejará de ser imparcial y tomará partido por uno de los litigantes del proceso civil, cuestionando además la consolidada doctrina del TEDH sobre la imparcialidad objetiva o incompatibilidad de funciones. Asimismo, el instrumento a través del cual se ejerce la función jurisdiccional, esto es el proceso, dejará de estar informado por principios jurídico-naturales que son, esencialmente, postulados de justicia. Y, por último, el proceso civil en el que se ventilan intereses, esencialmente, privados dejará de estar informado por el principio dispositivo y pasará a estar inspirado por el principio de oficialidad.

### Notas bibliográficas

- Arnulf, A. (2011): "The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: An Unruly Horse?" *European Law Review* 1, pp. 51-70.
- Banacloche Palao, J. (2009): "El ámbito de aplicación de la regla de preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". *Revista de Derecho Procesal*. Núm. Homenaje al Profesor Pedro Aragoneses Alonso, pp. 57-85.
- Banacloche Palao, J. (2013): "Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio". *Diario La Ley* nº 8137, 30 de julio de 2013, pp. 1-18.
- Banacloche Palao, J. (2014): "Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada". *Diario La Ley* nº 8312, 16 de mayo de 2014, pp. 1-15.
- Banacloche Palao, J., Gascón Inchausti, F., Gutiérrez Berlinches, A. y Vallines García, E. (2009): *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2ª ed. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor.
- Biavati, P. (2014): "Disapplicazione del giudicato interno per effetto del diritto dell'Unione europea?". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 68, pp. 1567-1572.
- Bilò, G. (2011): "Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2, pp. 483-509.
- Bonet Navarro, A. (2015): *La experiencia procesal del fracaso del derecho*. Pressas de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza.
- Carballo Fidalgo, M. (2013): *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*. Bosch. Barcelona.
- Consolo, C. (2008): "La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro". *Rivista di Diritto Processuale*, pp. 225-238.
- Cordón Moreno, F. (2002): *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Cordón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. y Tapia Fernández, I. (coords.) (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* 2ª ed., vol. I. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor.
- Cordón Moreno, F.: "La posibilidad de que el Juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor. (STJUE de 3 de octubre de 2013)". *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8.
- Couronne, V. (2010): "L'autonomie procédurale des états membres de l'Union Européenne a l'épreuve tu temps". *Cahiers du droit européen* 46 (3-4), pp. 284-
- Cubillo López, I. J. (coord.) (2010): *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor.
- De la Oliva Santos, A. (2005): *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, 1ª ed. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor.
- De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J. (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid.
- De la Oliva Santos, A. y Calderón Cuadrado, Mª P. (2012): *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*. 1ª ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor.
- Díez García, H. (2015): "Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del art. 114.III LH y de la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo)" en Díez Alabart, S. (dir.) y Represa Polo, Mª P. *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. Ed. Reus. Madrid, pp. 299-344.
- Dougan, M. (2011): "The vicissitudes of life at the coalface: remedies and procedures for enforcing union law before the national courts", en Craig, P. y Búrca, G. *The evolution of EU law*. Second edition. Oxford University Press. Oxford, pp. 407-438.

- Fernández Seijo, J. M<sup>a</sup> (2013): *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho comunitario*. Ed. Bosch. Barcelona.
- Fernández-Ballesteros, M. A. (2001): *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Iurgium editores. Madrid.
- Flynn, L. (2008): "When national procedural autonomy meets the effectiveness of Community law, can it survive the impact?" *ERA-Forum* 9 (2), pp. 245-258.
- Galetta, D.-U. (2009): *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*. Giappichelli editore. Torino.
- Gutiérrez Espada, C., Cervell Hortal, M<sup>a</sup> J., Piernas López, J. J. y Garciandía Garmendia, R. (2012): *La Unión Europea y su Derecho*. Trotta. Madrid.
- Gimeno Sendra, V. (2013): "Las cláusulas abusivas". *Diario La Ley* n<sup>o</sup> 8116, 1 de julio de 2013, pp. 1-9.
- Gozzi, M. (2015): "Codice del consumo e Direttiva 1999/44/CE. Risoluzione del contratto, e riduzione del prezzo nella compravendita: i poteri del giudice". *Rivista di Diritto Processuale*, pp. 246-255.
- Jansen, S. (2014): "Price reduction as a consumer sales remedy and the powers of national courts: *Duarte Hueros*". *Common Market Law Review* 51, pp. 975-991.
- Jimeno Bulnes, M. (2014): "Perspectiva actual del espacio judicial europeo en materia civil y penal. Especial incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en Jimeno Bulnes, M. (coord.) *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia*. Comares. Granada, pp. 1-45.
- Jimeno Bulnes, M. (2016): "El impacto de la crisis económica en la justicia civil", en Neira Pena, A.M<sup>a</sup> (coord.) *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*. Atelier. Barcelona, pp. 47-72.
- Mancaloni, A.M. (2016): "The obligation on Dutch and Italian courts to apply EU law of their own motion". *European Review of Private Law* 3&4-2016, pp. 553-578.
- Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D. J. (2014): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 8<sup>a</sup> ed. Tecnos. Madrid.
- Marcos Francisco, D. (2015): "Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extraprocesales para su protección". *Indret* 3/2015, pp. 1-56.
- Marcos González, M. (2011): *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*. Civitas-Thomson Reuters. Madrid.
- Montero Aroca, J. (2012): *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ormazábal Sánchez, G. (2014): "Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda". *Unión Europea*. 82, pp. 29-35.
- Pagliantini, S. (2012): *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*. Giappichelli Editore. Torino.
- Patti, F. P. (2011): "Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore". *I contratti* 2, pp. 118-123.
- Patti, S. (2015): "Il contrarrio tra «autonomie de la volonté» e moderno «zwingendes Vertragsrecht»". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2, pp. 369-382.
- Planchadell Gargallo, A. (2014): *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*. Tirant lo blanch. Valencia.
- Pérez Daudí, V. (2014): "Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior", *Diario La Ley*, n<sup>o</sup> 8391, 3 de octubre de 2014.
- Raiti, G. (2010): "Le pronunce *Olimpiclub* ed *Asturcom Telecomunicaciones*: verso un ridimensionamento della paventata «crisi del giudicato civile nazionale» nella giurisprudenza dell Corte di giustizia". *Rivista di Diritto Processuale*, pp. 677-689.
- Rodríguez Iglesias, G. C. (2001): "Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario". *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, pp. 5-28.
- Ruiz-Rico Ruiz, J. M. y De Lucchi López-Tapia, Y. (2013): *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores. Análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego*. Tecnos. Madrid.
- Tapia Fernández, I. (2010): *La cosa juzgada. (Estudio de jurisprudencia civil)*. Dykinson. Madrid.
- Temple Lang, J. (2006): "The Principle of Loyal Cooperation and the Role of the national Judge in Community, Union and EEA Law". *Era Forum* 7 (4), pp. 476-501.
- Vallines García, E. (2004): *La preclusión en el proceso civil*. 1<sup>a</sup> ed. Civitas-Thomson Reuters. Madrid.
- Vitale, G. (2010): *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione Europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*. Editpress. Firenze.