

Vulnerabilidad, sostenibilidad y efectividad en la contratación de consumo
Mariló Gramunt Fombuena
Gemma Rubio Gimeno (coords.)
ISBN: 979-13-87913-43-4
Madrid, 2025
pp. 385-408
DOI: 10.37417/VSECC/14
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONSUMO SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL PROCESO CIVIL *

Marina CEDEÑO HERNÁN

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

Miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional

SUMARIO: 1. LA LABOR PRETORIANA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA TUTELA PROCESAL DE LOS CONSUMIDORES.—2. EL INCREMENTO DE LOS PODERES DE DIRECCIÓN DEL JUEZ PARA PROTEGER A LOS CONSUMIDORES FRENTE A CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL PROCESO CIVIL: 2.1. La apreciación de oficio de cláusulas abusivas en la primera instancia; 2.2. El control de oficio de cláusulas abusivas en la segunda instancia; 2.3. La prueba de oficio; 2.4. La adopción de medidas cautelares de oficio.— 3. EL AUMENTO DE LOS PODERES DEL JUEZ PARA PROTEGER A LOS CONSUMIDORES CUANDO NO ESTÁN EN JUEGO CLÁUSULAS ABUSIVAS: UN ERROR Y UNA RECTIFICACIÓN DEL TJUE—. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto Nacional I+D «Eficiencia y acceso a la Justicia civil en tiempos de austeridad» (Ref. PID2021-122647NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. LA LABOR PRETORIANA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA TUTELA PROCESAL DE LOS CONSUMIDORES

La protección de los consumidores constituye un objetivo esencial en la Unión Europea y un elemento fundamental para el buen funcionamiento del mercado interior¹. Con el fin de conseguir este anhelado propósito, el legislador europeo ha promulgado una normativa especialmente tuitiva de los consumidores.

Esta normativa y la creciente sensibilidad social en materia de consumo ha tenido una clara consecuencia: un incremento exponencial, en los últimos años, del planteamiento de cuestiones prejudiciales por los tribunales nacionales relacionadas con la compatibilidad entre las normas procesales o sustantivas internas y la protección que el Derecho de la Unión Europea brinda a los consumidores. Por esta vía, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea están incidiendo de forma directa en la configuración de los sistemas procesales civiles de los Estados miembros y en los principios fundamentales en que estos se inspiran.

Una especial relevancia tiene a estos efectos la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta Directiva no solo ha obligado a los tribunales nacionales a modificar doctrinas o interpretaciones de las normas nacionales, sino que también ha impulsado al legislador patrio a llevar a cabo reformas parciales —y, con demasiada frecuencia, incompletas o deficientes— de la legislación procesal cada vez que desde Luxemburgo se proclamaba que una norma nacional no era compatible con la protección que merecen los consumidores conforme al Derecho europeo.

La Directiva 93/13/CEE y el resto de la normativa europea en materia de consumo tienen un elemento común: se centran en el aspecto sustantivo de la protección del consumidor, pero no profundizan en el aspecto procesal. La prioridad por legislar en clave sustantiva y soslayar la dimensión procesal, pese a la asimetría en las legislaciones procesales internas, conduce a asumir que sean los Estados miembros quienes articulen la protección de los derechos reconocidos a los justiciables conforme a sus respectivos ordenamientos procesales internos². Por tanto, los derechos que la legislación europea reconoce a los ciudadanos de la Unión han de ser objeto de una interpretación homogénea, pero para tu-

¹ Arts. 4, 114.3 y 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

² En este sentido, la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto *ML c. Aktiva Finants OÜ* (C 433/18).

tellarlos se someten a diferentes sistemas procesales. Este planteamiento lleva a proclamar, en principio, la autonomía procesal de los Estados.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido muy consciente de la trascendencia de la dimensión procesal para lograr la plena garantía de los derechos reconocidos en el ordenamiento de la Unión, especialmente en materia de consumo. Por ese motivo, la jurisprudencia europea ha trascendido del ámbito sustantivo para adentrarse también en el procesal y, de una manera casi pretoriana, está construyendo una especie de corpus normativo autónomo, que para los operadores jurídicos es tan vinculante como las normas emanadas del poder legislativo europeo³. Esta fuerza vinculante se ha reconocido expresamente en el ordenamiento español, donde la Ley Orgánica 7/2015 de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial introdujo un nuevo artículo 4 bis, en el que se proclama la obligación de los jueces nacionales de aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

En definitiva, la inexistencia de normas a nivel europeo que regulen la forma de hacer valer dentro de un proceso los derechos reconocidos a los consumidores en las directivas se trata de subsanar por el Tribunal de Luxemburgo. Los instrumentos de que se ha servido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para alcanzar este objetivo son fundamentalmente tres. El primero es el orden público comunitario, en el que se ha incluido parte de la normativa europea en materia de consumo. El segundo es el principio de efectividad y, en íntima conexión con este, el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2. EL INCREMENTO DE LOS PODERES DE DIRECCIÓN DEL JUEZ PARA PROTEGER A LOS CONSUMIDORES FRENTE A CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL PROCESO CIVIL

Los efectos derivados del principio de efectividad, unido al derecho a la tutela judicial efectiva y a la inclusión dentro del orden público comunitario de parte de la normativa en materia de consumo, se pueden

³ A este respecto, F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 106. En la misma línea, F. MOYA HURTADO DE MENDOZA, «Efectividad del Derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la Ley», en *Revista de derecho político*, núm. 99, 2017, pp. 399-431 y C. FIDALGO GALLARDO, «El proceso de desplazamiento de la autoridad normativa en los ordenamientos europeos, desde los legislativos nacionales a las instituciones de la Unión Europea. El TJUE como estrella emergente en el firmamento de la Unión», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 40, 2016, en www.iustel.com.

manifestar de diversas formas. La primera es la interpretación conforme de las normas internas que implica elegir entre las varias interpretaciones posibles la más respetuosa con el Derecho de la Unión. La segunda es la inaplicación de aquellas normas procesales internas —o jurisprudencia nacional— que no resulten compatibles con los derechos reconocidos por el legislador europeo. La última es la búsqueda de nuevos cauces procesales, aún no previstos en la legislación interna, con el fin de proporcionar la tutela judicial adecuada al derecho emanado de la normativa europea.

La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas es especialmente tuitiva con los consumidores por considerarlos la parte más débil de la relación contractual⁴. El fundamento de buena parte de esta regulación es la situación de inferioridad del consumidor respecto del empresario o profesional, tanto en la información previa como en la capacidad de negociación, lo cual lleva a este, en muchos casos, a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido. Este escenario de desequilibrio solo puede compensarse, a juicio del Tribunal de Luxemburgo, mediante una intervención positiva de un tercero, ajeno a las partes del contrato. O, con otros términos, el refuerzo en los poderes de dirección del juez sería el contrapeso necesario para alcanzar dentro del proceso el equilibrio que no se ha podido lograr fuera del proceso⁵.

Esta jurisprudencia ha sido el motor de buena parte de las reformas parciales que se han llevado a cabo en la LEC en los últimos tiempos. Este camino de las reformas se inició con el proceso de ejecución hipotecaria a raíz de la conocida Sentencia de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto AZIZ (C-415/11), en la que el Tribunal de Luxemburgo estimó que el proceso de ejecución hipotecaria no era compatible con el Derecho de la Unión al no permitir el control, ni de oficio ni a instancia de parte, de las cláusulas abusivas. Esto motivó la reforma de la LEC 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, que sirvió para incluir ese control de oficio y a instancia de parte de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria. La reacción del legislador nacional fue tan rápida como poco meditada y, por ello, no impidió posteriores cuestiones prejudiciales seguidas, en algunos casos, de nuevas reformas parciales del mismo

⁴ El art. 2, apartado b, de la Directiva 93/13, considera consumidor a «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional».

⁵ Como simples botones de muestra pueden verse las Sentencias de 27 de junio de 2000, asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98), apartado 25; de 26 de octubre de 2006, asunto Mostaza Claro (C-168/05), apartado 25; de 6 de octubre de 2009, asunto Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08), apartado 29 y de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito (C-618/10), apartado 39.

procedimiento. Esta misma senda de las reformas parciales se siguió después en el proceso general de ejecución de títulos extrajudiciales, en el proceso monitorio o en el conocido como proceso de «jura de cuentas» a través del cual abogados y procuradores pueden reclamar los honorarios devengados en un proceso y no abonados⁶.

Sin embargo, el efecto de la jurisprudencia sobre el ordenamiento interno no se ha limitado a ser el origen de reformas parciales, especialmente en el proceso de ejecución o en el monitorio, sino que se ha extendido a ámbitos que han quedado al margen de las reformas legislativas. Esta consecuencia se ve de manera particular en los procesos declarativos. Una gran cantidad de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de consumo son de aplicación directa al proceso declarativo y, sin embargo, el legislador español, en la mayoría de los casos, no ha considerado oportuno llevar a cabo reforma alguna de la legislación procesal. Una de las pocas reformas legislativas que sí afectan de forma directa al proceso declarativo no está pensada tanto para proteger al consumidor como para intentar que este no acuda a la vía judicial. Me refiero, en concreto, a la exigencia, impuesta por la LO 1/2025, de intentar una solución autocompositiva del conflicto con carácter previo a la vía judicial como requisito de procedibilidad⁷.

Con o sin reflejo expreso en la legislación procesal, la jurisprudencia europea sigue siendo vinculante para los operadores jurídicos nacionales cuando de la aplicación del Derecho de la Unión Europea se trata y, por tanto, han de tenerla en cuenta en el desarrollo de un proceso en el que esté en juego la tutela de un consumidor. Sin embargo, la falta de reflejo legislativo puede lesionar la seguridad jurídica en la medida en que pueden producirse desigualdades en la aplicación de esa jurisprudencia vinculante, pues no todos los jueces llamados a aplicarla tienen el mismo conocimiento del Derecho de la Unión Europea y su interpretación por el Tribunal de Luxemburgo.

El TJUE ha considerado que los jueces nacionales deben adoptar un papel activo con el fin de compensar dentro del proceso el desequilibrio

⁶ Estas reformas parciales se han llevado a cabo a través de la Ley 42/2015, de 5 de octubre; el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo; o la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

⁷ En este sentido, el art. 439.5 de la LEC, en la redacción dada por la LO 1/2025, dispone: «No se admitirán las demandas que tengan por objeto las acciones de reclamación de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo o de cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuando no se acompañe a la demanda documento que justifique haber practicado el consumidor una reclamación previa extrajudicial a la persona física o jurídica que realice la actividad de concesión de préstamos o créditos de manera profesional, con el fin de que reconozca expresamente el carácter abusivo de dichas cláusulas, con la consiguiente devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor».

en perjuicio del consumidor que se ha producido fuera del proceso. Esta premisa se ha de respetar con independencia de los condicionamientos que pudieran existir en la legislación procesal interna en cuanto a los poderes de actuación de oficio del juez dentro del proceso. Este criterio lleva a un replanteamiento de la distribución de roles entre el juez y las partes dentro del proceso civil y también a una revisión de los principios o criterios básicos que tradicionalmente rigen el proceso civil, como son el principio dispositivo, el de aportación de parte, la congruencia o, incluso, la cosa juzgada⁸.

Las principales manifestaciones de este nuevo rol que se atribuye al juez en el proceso civil cuando están en juego los derechos de los consumidores son la apreciación de oficio de cláusulas abusivas, la práctica de prueba de oficio y la adopción de oficio de medidas cautelares.

2.1. La apreciación de oficio de cláusulas abusivas en la primera instancia

El proceso civil de declaración, regido por el principio dispositivo o de justicia rogada, tiene por objeto la acción o acciones afirmadas por el demandante en su demanda o por el demandado en su reconvencción. Además, también completan el objeto del proceso las concretas defensas o excepciones que aduce el demandado con el fin de lograr la desestimación de la demanda⁹. Si concurren los presupuestos procesales, el juez deberá resolver en su sentencia sobre todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, sin que pueda acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer¹⁰. En caso de que la sentencia se pronuncie sobre lo que las partes no han pedido incurrirá en un vicio de incongruencia.

Esta configuración del proceso civil sujeto a las exigencias del principio de justicia rogada con un juez equidistante ante la contienda entre dos partes no es compatible con las exigencias de la jurisprudencia europea en materia de consumo. La adecuada protección del consumidor

⁸ Un estudio más exhaustivo sobre el tema puede ver en M. CEDEÑO HERNÁN, *Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, 2023.

⁹ El art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: «Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

¹⁰ El art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil afirma: «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

exige, conforme a una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que los jueces nacionales controlen de oficio las cláusulas abusivas de los contratos celebrados entre un empresario o profesional y un consumidor. El juez nacional, por tanto, deberá analizar el carácter abusivo de una de esas cláusulas sin necesidad de que los litigantes lo hayan alegado y, en su caso, declarará la nulidad, pese a que las partes no lo hayan pedido. De este modo se produce una ampliación del objeto del proceso y del ámbito al que se extenderá la sentencia. La consecuencia que de ello se deriva es la alteración del juego del principio dispositivo y del deber de congruencia, que exigirían al juez limitarse a decidir sobre lo pedido por las partes en sus alegaciones y conforme a las causas de pedir que las partes hubieran querido hacer valer para justificar sus pretensiones o defensas¹¹.

En un primer momento, el Tribunal de Luxemburgo se refirió a la facultad judicial de apreciar de oficio las cláusulas abusivas¹². Sin embargo, pronto la jurisprudencia europea evolucionó de esa facultad a un auténtico deber judicial de controlar de oficio las cláusulas que causen un desequilibrio en los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor¹³.

Es interesante subrayar que el Tribunal de Justicia no considera que la asistencia letrada al consumidor deba servir de elemento modulador de la extensión de los poderes de dirección del juez nacional en el proceso civil. No se considera, por tanto, que la situación de inferioridad previa del consumidor con respecto al empresario o profesional, que justifica la extensión de los poderes del juez nacional, quede subsanada por la asistencia de un técnico en Derecho durante la sustanciación del proceso. Es más, en alguna ocasión el Tribunal de Luxemburgo ha afirmado que la exigencia de actuar con abogado en litigios cuya cuantía a menudo es escasa puede ser un elemento disuasorio para que el consumidor defienda sus intereses en un proceso¹⁴.

El control de oficio debe llevarse a cabo por el juez tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello

¹¹ Véase I. SANCHO GARGALLO, «Control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», en *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, nº 5, 2012-2014, p. 387 e I. TAPIA FERNÁNDEZ, «La apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas», en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 17, 2016, pp. 125 y 126.

¹² STJCE de 27 de junio de 2000, asunto Oceáno Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98).

¹³ Así sucede a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2006, asunto Mostaza Claro (C-168/05).

¹⁴ SSTJUE de 27 de junio de 2000, asunto Oceano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98), apartado 26, y de 4 de octubre de 2007, asunto Rampion y Godard (C-429/05), apartado 61. En la misma línea, consideran irrelevante a la defensa letrada a efectos de aplicar los poderes de actuación de oficio del juez, las SSTJUE de 4 de junio de 2015, asunto Faber (C-497/13) o de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17).

y solo puede limitarse en caso de oposición del propio consumidor¹⁵. El Tribunal de Justicia mantiene que el derecho a la protección efectiva del consumidor incluye la facultad de este de renunciar a hacer valer sus derechos. En consecuencia, el consumidor, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, puede expresar su consentimiento libre e informado por el que renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de la cláusula. El consumidor solo podrá prestar este consentimiento si el juez nacional indica a las partes, «en el marco de las normas procesales nacionales y a la luz del principio de equidad en los procedimientos civiles, de manera objetiva y exhaustiva las consecuencias jurídicas que pueda entrañar la supresión de la cláusula abusiva, con independencia de que estén asistidas por un representante procesal profesional o no»¹⁶.

En todo caso, el deber de apreciar de oficio las cláusulas abusivas no puede hacerse al margen de los principios o garantías básicas del proceso. En este sentido, la STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto *Banif Plus Bank* (C-472/11), afirma que el juez nacional debe respetar las exigencias derivadas de «una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» y, entre esas exigencias, figuran el principio de contradicción y el derecho de defensa. En consecuencia, si el juez aprecia de oficio la existencia de una cláusula abusiva debe, como regla general, informar a las partes e instarlas a un debate contradictorio en la forma prevista por las normas procesales nacionales¹⁷.

2.2. El control de oficio de cláusulas abusivas en la segunda instancia

Una cuestión especialmente problemática es si el deber judicial de controlar las cláusulas abusivas se extiende a la segunda instancia en el caso de que el recurrente no lo haya solicitado al interponer el recurso. A este respecto deben tenerse en cuenta las importantes limitaciones impuestas por la legislación procesal. El art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que el tribunal que resuelve el recurso de apelación debe pronunciarse «exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación» y que «la resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado». Se consagra, por

¹⁵ STJUE de 4 de junio de 2009, asunto *Pannon* (C-243/08).

¹⁶ STJUE de 29 de abril de 2021, asunto *L. W.*, (C-19/20).

¹⁷ Con similares términos, STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto *Asbeek Brusse y Man Garabito* (C-488/11).

tanto, un estricto deber de congruencia con las peticiones de las partes en el recurso, así como la prohibición de *reformatio in peius*.

La jurisprudencia europea sobre esta cuestión ha evolucionado desde un planteamiento más respetuoso con la autonomía procesal de los Estados hasta una postura más radical que prescinde de los condicionamientos derivados de las legislaciones nacionales.

En un primer momento, el Tribunal de Luxemburgo se pronuncia sobre la extensión del control de oficio de las cláusulas abusivas en la segunda instancia en dos sentencias, dictadas en la misma fecha: la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto Asbeek Brusse y Man Garabito (C-488/11) y la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto Jörös (C-397/11). Los órganos jurisdiccionales proponentes de las cuestiones prejudiciales plantean, entre otras cosas, la duda de si la Directiva 93/13/CEE obliga al tribunal nacional a apreciar de oficio, en segunda instancia, el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando esto no se ha planteado en la primera instancia, ni se ha solicitado en el recurso o si, por el contrario, el tribunal debe atenerse a las normas nacionales que le imponen resolver conforme a los motivos aducidos por las partes y decidir conforme a lo pedido por estas.

El TJUE estima, en un primer momento, que el tribunal nacional estará obligado a apreciar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva en segunda instancia, siempre que, *conforme a las normas procesales internas, esté obligado a «examinar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las normas nacionales de orden público»*. Por tanto, si las normas procesales internas atribuyen al tribunal nacional la potestad de anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma imperativa, esa misma consecuencia deberá aplicarse a las cláusulas que resulten abusivas conforme a la Directiva 93/13/CEE.

De las Sentencias Asbeek Brusse, Man Garabito y Jörös no se puede inferir que todos los órganos jurisdiccionales competentes para decidir sobre la segunda instancia en todos los Estados de la Unión estén obligados a apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. Se trata, por el contrario, de una cuestión que ha de resolverse conforme a lo dispuesto en el ordenamiento interno de cada Estado miembro. Hay, por tanto, una remisión a la autonomía procesal de los Estados.

Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo no aclaró si la equivalencia con el ordenamiento interno se refiere al control de cualquier acto jurídico en relación con las reglas de orden público o si, por el contrario, se refiere al control de oficio de las propias cláusulas contractuales¹⁸. Esta laguna tuvo como consecuencia, en el caso de España, dos inter-

¹⁸ En este sentido, M. AGUILERA MORALES, «El control de oficio de las cláusulas abusivas en sede de recurso: la próxima batalla ante el TJUE», en *Diario La Ley*, núm. 9378, Sección Doctrina, 15 de marzo de 2019.

pretaciones radicalmente opuestas. Una primera interpretación, más extensiva, que asimiló las cláusulas abusivas a los presupuestos procesales apreciables de oficio en segunda instancia por estar integrados en el orden público procesal y, por tanto, consideró que «el tribunal del recurso tiene la potestad de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas, aunque este extremo no se haya analizado en primera instancia y aun cuando se haya silenciado en la formulación de la pretensión impugnatoria»¹⁹. Otra interpretación, más restrictiva, que no consideraba precedente tal equiparación y que, en consecuencia, se decantaba por aplicar las normas nacionales que imponen al tribunal de apelación atenerse a los motivos aducidos por las partes en el recurso²⁰.

Estas dudas interpretativas se despejaron en la STJUE de 17 de mayo de 2022, asunto Unicaja (C-869/19), que marca un hito importante en lo que se refiere a la apreciación de oficio de cláusulas abusivas en sede de recurso²¹.

El planteamiento de la cuestión prejudicial que dio origen a esta Sentencia se enmarca en un proceso iniciado por un consumidor contra una entidad bancaria, que le había concedido un préstamo con garantía hipotecaria, en el que solicitó la declaración de nulidad de la cláusula suelo inserta en el contrato y la restitución de las cantidades indebidamente percibidas. El Juzgado de Primera Instancia declaró abusiva la cláusula suelo y condenó a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, pero limitó en el tiempo los efectos restitutorios con arreglo a la STS 241/2013, de 9 de mayo²².

¹⁹ J.F. HERRERO PEREZAGUA, «Extensión, límites y efectos de las resoluciones civiles según la interpretación jurisprudencial europea», en *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 229.

²⁰ C. SENÉS MOTILLA, «La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria», en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (Dir. Núñez Iglesias), Granada, 2014, pp. 156 y 157.

²¹ Se han pronunciado sobre este tema, entre otros, J. M. MARTÍN FUSTER, «La apreciación de oficio de las consecuencias de la Nulidad. Comentario a la Cuestión prejudicial presentada por el TS en el Auto de 27 de noviembre de 2019», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021, p. 30; J. DAMIÁN MORENO, «El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022», en *Diario La Ley*, núm. 10174, Sección Tribuna, 21 de noviembre de 2022; A. J., TAPIA HERMIDA, «Efectividad de la tutela judicial de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de los contratos bancarios. Sentencias del Tribunal de Justicia 17 de mayo de 2022, asuntos C-600/19: Ibercaja Banco, C-869/19: Unicaja banco y otros asuntos acumulados (LA LEY 71506/2022)», en *La Ley Unión Europea*, núm. 105, Julio/ 2022 y J. M. FERNÁNDEZ SEIJO, «Hacia un Derecho Procesal de consumo (Comentario a las recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de consumidores)», *Actualidad Civil*, núm. 7/2022.

²² En esta Sentencia, el Tribunal Supremo manifestó que la declaración de nulidad de la cláusula suelo no tenía efectos retroactivos y, por tanto, no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de su publicación.

La entidad bancaria interpuso recurso de apelación porque se le había condenado al pago de la totalidad de las costas del proceso. Una vez transcurrido el plazo para interponer el recurso de apelación, pero antes de que la Audiencia Provincial decidiera, se dictó las STJUE 21 de diciembre de 2016, asunto Gutiérrez Naranjo (C-154/15, C-307/15 y C-308/15), que consideró contraria al Derecho de la Unión la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo.

La Audiencia Provincial ante la que estaba pendiente el recurso de apelación no acordó la restitución plena de las cantidades percibidas por la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo porque el consumidor no había recurrido la sentencia de primera instancia y, por tanto, el deber de congruencia y la prohibición de *reformatio in peius*, previstos en la legislación española, le impedían modificar los pronunciamientos no recurridos, que tenían eficacia de cosa juzgada.

El consumidor interpuso recurso de casación en el que alegaba que el tribunal de apelación debió acordar de oficio la restitución íntegra de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de la cláusula suelo, tal y como exige la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto Gutiérrez Naranjo (C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

En estas circunstancias, el Tribunal Supremo alberga dudas en cuanto a la compatibilidad de los principios de justicia rogada, de congruencia y de prohibición de *reformatio in peius* y también de la eficacia de cosa juzgada, establecidos en el Derecho nacional, con el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. Decide, por ello, suspender el proceso y plantear al Tribunal de Luxemburgo si un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación interpuesto exclusivamente por la entidad bancaria, y no por el consumidor, debe acordar, pese a tales principios, la restitución íntegra de las cantidades percibidas en virtud de la cláusula abusiva.

El Tribunal de Justicia analiza el problema planteado tanto desde la perspectiva del principio de equivalencia como del principio de efectividad. El primer enfoque no supone ninguna novedad respecto de las Sentencias Asbeek Brusse, Man Garabito y Jörös. El Tribunal de Luxemburgo reitera que cuando, en virtud del Derecho interno, el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado u obligado a apreciar de oficio la legalidad de un acto jurídico a la luz de las normas nacionales de orden público, también debe estar obligado a apreciar de oficio la legalidad de tal acto desde el punto de vista de la referida disposición de la Directiva 93/13/CEE, aun cuando la cuestión de la legalidad de dicho acto a la luz de esas normas no se haya planteado en primera instancia. Por tanto, el problema se centra, en este caso, en la interpretación del Derecho nacional que, en este punto, no resulta del todo clara.

No se ha añadido hasta aquí nada nuevo respecto de lo que ya había dicho antes el propio Tribunal. Sin embargo, la novedad viene cuando el problema se analiza a la luz del principio de efectividad y del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia afirma que las condiciones establecidas por los derechos nacionales no pueden menoscabar el contenido sustancial del derecho de los consumidores a no quedar vinculados por cláusulas abusivas.

El máximo intérprete del Derecho de la Unión afirma que en el asunto en cuestión no puede presumirse una pasividad total del consumidor por el hecho de que no haya interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Esto puede imputarse a que cuando se dictó la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto Gutiérrez Naranjo, ya había transcurrido el plazo en el que se podría interponer recurso de apelación o adherirse a la apelación según el Derecho nacional. En tales circunstancias, la aplicación de los principios procesales nacionales tiene como efecto privar al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva 93/13/CEE y, en consecuencia, puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de tales derechos, vulnerando de este modo el principio de efectividad²³.

Sin duda la Sentencia Unicaja tiene una enorme relevancia. Si nos centramos exclusivamente en el principio de equivalencia habría que concluir que solo se deben exceptuar las reglas básicas del proceso, como la prohibición de *reformatio in peius*, cuando eso mismo se haga en aplicación normas internas de orden público. Sin embargo, si damos un paso más y nos basamos en el principio de efectividad, la excepción a esa regla, u otras similares, será necesaria siempre que su aplicación constituya un obstáculo para garantizar el derecho de los consumidores a no verse afectado por cláusulas abusivas conforme a la Directiva 93/13/CEE.

Por tanto, al menos en los casos en que el consumidor no muestra una pasividad total, los principios procesales sobre los que se construye el proceso civil deben ceder si fuera necesario para proteger al consumidor frente a cláusulas abusivas o cuando hacen imposible o muy difícil la protección del consumidor. Habrá que esperar para

²³ En concreto, el TJUE proclama que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este».

ver si esta misma doctrina se acaba extendiendo a casos en los que el consumidor sí muestra una pasividad total como, por ejemplo, cuando está en rebeldía.

2.3. La prueba de oficio

En el sistema procesal civil español son las partes, con carácter general, quienes han de tomar la iniciativa probatoria y desplegar los esfuerzos necesarios para establecer la certeza de los hechos en que se basan sus pretensiones o defensas. En este sentido, el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la rúbrica «*principio de justicia rogada*», dispone que «los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, *excepto cuando la ley disponga otra cosa*». Más concretamente, el art. 282 de la misma Ley, bajo la rúbrica «*iniciativa de la actividad probatoria*», consagra el principio de aportación de parte en cuya virtud, como regla general, las pruebas se practicarán a instancia de parte, si bien como excepción, «el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios o instrumentos probatorios, cuando así los establezca la ley».

Ahora bien, como afirma Calamandrei, «mientras para el ejercicio de la acción y para la concreta determinación del tema de la demanda todo poder de iniciativa reconocido al juez sería incompatible con la naturaleza misma del derecho privado, no se puede decir igualmente que el carácter disponible de la relación sustancial controvertida lleve necesariamente a hacer de la iniciativa de parte la elección y la puesta en práctica de los medios de prueba»²⁴. Por tanto, la naturaleza privada de los derechos o intereses en juego no resulta incompatible con el reconocimiento de un papel activo del juez en orden a la fijación de los hechos relevantes en el proceso.

En materia de consumo, el TJUE se ha manifestado a favor de que el poder de dirección del juez en el proceso civil se extienda al ámbito de la prueba. El punto de partida lo marca la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2010, asunto Pénzügyi Lízing Zrt. (C-137/08). El órgano jurisdiccional remitente plantea la cuestión de si el tribunal nacional debe acordar de oficio la práctica de prueba, con el fin de determinar los elementos de hecho necesarios para la apreciación de una cláusula abusiva conforme a la Directiva 93/13/CEE, pese a que la normativa procesal nacional prevea que las pruebas solo pueden practicarse a instancia de parte.

²⁴ P. CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, vol. I (Trad. SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, EJE, 1972, pp. 406 y 407.

El Tribunal de Justicia afirma que, en el marco de las funciones que corresponden al juez en virtud de la Directiva 93/13/CEE, este debe hacer una doble comprobación. En primer lugar, el juez debe examinar si una cláusula que es objeto del proceso está o no comprendida en el ámbito de la Directiva. Debe, por tanto, determinar si la cláusula ha sido objeto de negociación individual o si, por el contrario, ha sido impuesta por el empresario al consumidor. Si la cláusula no ha sido negociada individualmente y, por tanto, entra en el ámbito de la Directiva, se abre una segunda fase en la que el juez debe analizar si la cláusula es o no abusiva, es decir, si causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Con el fin de satisfacer este doble control, el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba si fuera necesario, con independencia de lo que establezca el ordenamiento interno.

La contundencia con la que el Tribunal de Justicia proclama la obligación del juez nacional de acordar la práctica de pruebas de oficio si fuera necesaria para aclarar si una cláusula contractual impuesta por el empresario es abusiva contrasta con la opinión que había manifestado la Abogada General, Sra. Verica Trstenjak. En sus Conclusiones, presentadas el 6 de julio de 2010, la Abogada General manifestó que «del Derecho comunitario no se infiere ninguna disposición que obligue al juez nacional a acordar de oficio la práctica de la prueba con el fin de recabar los elementos de hecho y de derecho necesarios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, si estos no se encuentran disponibles». Es el Derecho nacional el que, en su opinión, debe determinar estas facultades del juez y, añade, que en los procesos civiles regidos por el principio dispositivo corresponde a las partes la alegación de los hechos relevantes, así como la proposición de las pruebas.

El Tribunal de Luxemburgo se decanta, pues, por la postura más tuitiva con el consumidor. Esta misma doctrina se mantiene en posteriores decisiones y se extiende a casos en que el consumidor es el demandante²⁵ o a otro tipo de procesos como el monitorio²⁶ o el juicio cambiario²⁷.

Una mención especial merece la STJUE de 4 de junio de 2020, asunto Kancelaria Medius (C-495/19), en la que se plantea si la situación de rebeldía del consumidor puede suponer un límite a los poderes de direc-

²⁵ Cfr. SSTJUE de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz (C-415/11), apartado 47, y de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17), apartados 36 y 37.

²⁶ Cfr. STJUE de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito (C-618/10), apartado 44.

²⁷ Cfr. STJUE de 7 de noviembre de 2019, asuntos Profi Credit Polska (C-419/18 y C-483/18), apartados 66 a 68, en la que se afirma que «en ausencia de control eficaz del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas del contrato de que se trate, no puede garantizarse el respeto de los derechos conferidos por la Directiva 93/13».

ción del juez en el proceso. El tribunal polaco remitente de la cuestión prejudicial pregunta si el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE se opone a la interpretación de una disposición nacional que impide al juez, en caso de rebeldía del consumidor demandado, adoptar de oficio diligencias de prueba cuando sean necesarias para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas en las que el empresario fundó su demanda.

En la Sentencia Kancelaria Medius, el Tribunal de Justicia afirma que, si el juez nacional no dispone de los elementos de hecho y de derecho necesarios para valorar el posible carácter abusivo de una cláusula, debe tener la posibilidad de adoptar de oficio las diligencias de prueba necesarias, incluso en el caso de incomparecencia del deudor. Esta postura no choca con el principio dispositivo, ni con el «principio *ne ultra petita*» porque no se trata de sobrepasar los límites del objeto del proceso fijados en las pretensiones de las partes, sino de examinar las cláusulas en las que el profesional demandante ha basado su demanda y que constituyen el objeto del proceso. Por tanto, el juez nacional ha de poder exigir al demandante que aporte el contenido del documento o documentos en que se basa su demanda, «dado que esa petición constituye sencillamente una parte de la etapa probatoria del proceso».

Con estas premisas, corresponde al juez nacional verificar si es posible hacer una interpretación conforme de la norma nacional cuestionada o si, en caso contrario, debe inaplicar esa norma, así como la jurisprudencia nacional que se oponga a las exigencias de la Directiva 93/13/CEE.

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es meridianamente clara, por tanto, en lo relativo a que el juez nacional no puede ser un mero espectador en materia probatoria, sino que tiene facultades directivas en orden a la fijación de la certeza de los hechos de los que dependa la inclusión de una cláusula en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, así como su posible carácter abusivo²⁸.

Ahora bien, este planteamiento suscita la duda de si existe algún límite en la práctica de la prueba de oficio, es decir, si el juez puede ordenar la práctica de cualquier tipo de prueba o solo de aquellas que se refieran a fuentes de prueba que consten en las actuaciones.

²⁸ Como señalan G. ORMAZABAL SÁNCHEZ y R. M. MÉNDEZ TOMÁS, «Los poderes probatorios del juez civil en materia de consumo a la luz de la jurisprudencia del TJUE», en *La Ley Probática*, núm. 5, 2021, p. 6, «...el reforzamiento de las facultades judiciales para actuar *ex officio* y, concretamente, las ahora referidas en materia probatoria, parecen sustentarse en la consideración de que debe existir un vínculo o relación directa entre el carácter imperativo del Derecho sustantivo aplicable al fondo de la controversia y las facultades del juez para actuar *motu proprio* en el acopio del material probatorio para esclarecer los hechos». Sobre la misma cuestión, G. ORMAZABAL SÁNCHEZ, «El incremento de los poderes probatorios del Juez en la jurisprudencia europea y su repercusión el ordenamiento procesal español», en *Logros y retos de la justicia civil en España* / coord. por Guillermo Schumann Barragán; Fernando Jiménez Conde (dir.), Julio Banacloche Palao (dir.), Fernando Gascón Inchausti (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 157- 166.

El Tribunal de Luxemburgo no se ha manifestado de una manera explícita y contundente sobre los límites a la práctica de prueba de oficio. Sin embargo, un análisis de cada uno de los casos en los que el Tribunal de Justicia ha proclamado el deber judicial de ordenar la práctica de prueba en defensa de los consumidores muestra que sí hay límites y que, en efecto, las fuentes de prueba han de constar en el proceso. Con carácter general, las pruebas a las que hace referencia la jurisprudencia europea cuando proclama la extensión de las facultades directivas del juez al ámbito probatorio son pruebas documentales, como el contrato celebrado entre el empresario y el consumidor o, en su caso, los documentos acreditativos de la negociación individual de la cláusula para constatar si esta entra o no en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE²⁹.

Estas limitaciones se reflejan con claridad en las Conclusiones del Abogado General, Evgeni Tanchev, presentadas el día 19 de diciembre de 2019, a las que se remite la STJUE de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17). En ellas se pone de manifiesto que el medio adecuado para garantizar el sistema de protección de los consumidores establecido en la Directiva 93/13/CEE es habilitar al juez nacional para que acuerde diligencias de prueba de oficio, como, por ejemplo, «solicitar a las partes litigantes que aclaren algunas cuestiones o aporten las pruebas documentales pertinentes, con el objeto de formarse una opinión sobre el posible carácter abusivo de una cláusula contractual». Sin embargo, el Abogado General no considera que haya argumentos para apoyar la necesidad de que el tribunal nacional esté obligado a acordar de oficio «medidas de instrucción» más amplias. Entre esas medidas se mencionan «la obtención de pruebas por parte de los tribunales a través del interrogatorio de testigos de oficio, el requerimiento de oficio a terceros para que aporten pruebas, el interrogatorio de peritos de oficio, o las vistas de oficio». Esta posibilidad se deja a la autonomía del Derecho procesal nacional³⁰.

Con esa mención a las «medidas de instrucción» puede estar haciendo referencia a la búsqueda de fuentes de prueba distintas de las que aparezcan en las actuaciones. Esta última posibilidad requeriría una labor de instrucción o investigación que choca con la general configuración del proceso civil en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea.

La conclusión que se puede extraer de la jurisprudencia europea es que el poder de dirección del juez en el proceso civil se extiende al ámbito de la prueba, pero no implica que el juez civil se convierta en instructor y salga del proceso para buscar nuevas fuentes de prueba.

²⁹ Así se puede ver, entre otras, en la STJUE de 7 de noviembre de 2019, asuntos Profi Credit Polska (C-419/18 y C-483/18), o en la STJUE de 11 de marzo de 2020, asunto Lintner (C-511/17).

³⁰ Cfr. apartados 54 a 64 de las mencionadas Conclusiones.

2.4. La adopción de medidas cautelares de oficio

En muchos casos, las medidas cautelares resultan esenciales para garantizar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en un proceso declarativo. El art. 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parte de la premisa de que será el demandante quien, bajo su responsabilidad, podrá instar la tutela cautelar y su adopción se condiciona a la previa prestación de caución. Por tanto, en el ordenamiento español, no se admitía tradicionalmente que el tribunal acordase de oficio medida cautelar alguna, salvo lo dispuesto con carácter excepcional para algunos procesos especiales.

Sin embargo, se planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la adopción de oficio de medidas cautelares resulta necesaria para garantizar la protección del consumidor demandante. La respuesta a una cuestión de tanta trascendencia se ha reflejado en un Auto de 26 de octubre de 2016, asunto Fernández Oliva (C-568/14 a C-570/14).

Los hechos de los que ese Auto trae causa son a grandes rasgos los siguientes: ante un Juzgado de lo Mercantil estaban pendientes tres procesos iniciados por tres consumidores diferentes que, al amparo de la Directiva 93/13/CEE, pedían la declaración de nulidad de la cláusula suelo incorporada a sus contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Paralelamente, se había iniciado un proceso colectivo en el que una asociación de consumidores y usuarios había ejercitado una acción de cesación en relación con la cláusula suelo. Los bancos demandados en los procesos individuales instaron su suspensión por prejudicialidad en virtud del art. 43 de la LEC y, en defecto de suspensión, solicitaron el sobreseimiento por litispendencia al concurrir, según su criterio, la identidad de objetos del art. 421.1 de la LEC.

El juzgado barcelonés remitente de la cuestión prejudicial planteó, entre otras dudas, si el art. 721.2 de la LEC se oponía al art. 7 de la Directiva 93/13/CEE, en la medida en que no permite al juez ante el que pende un proceso entablado por un consumidor individual adoptar de oficio medidas cautelares cuando ese proceso se suspende a la espera de que se resuelva la acción colectiva. En concreto, la medida cautelar que el juez consideraba oportuno adoptar de oficio era la suspensión de los efectos económicos de la cláusula suelo impugnada.

El Tribunal de Luxemburgo afirma que el art. 721, apartado segundo, de la LEC impide al consumidor recibir una protección temporal para mitigar los efectos negativos de la excesiva duración del procedimiento judicial, salvo en el supuesto de que el propio consumidor haya solicitado expresamente la adopción de medidas cautelares. Sin embargo, habida cuenta de la complejidad del régimen nacional en lo que se

refiere a las relaciones entre las acciones individuales y las colectivas, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor interesado no solicite tales medidas y ello aunque puedan concurrir los requisitos de fondo que el Derecho interno exige para la concesión de estas.

Con el prisma del principio de efectividad, el Tribunal de Justicia estima que el régimen procesal descrito puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección del consumidor. Si el juez no puede adoptar medidas cautelares de oficio y el consumidor no ha solicitado expresamente la adopción de una medida para suspender los efectos de la cláusula suelo a la espera de que se dicte sentencia firme en relación con la acción colectiva, el consumidor se verá obligado a abonar a lo largo del proceso, que se puede alargar excesivamente en el tiempo, unas cuotas superiores a las que le corresponderían si se excluyera la cláusula abusiva. Y esto conlleva un riesgo adicional de que el consumidor no tenga capacidad de pago y las entidades financieras inicien procesos de ejecución hipotecaria con el fin de obtener el pago de las cantidades debidas. La protección del consumidor resulta, en tales circunstancias, incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado para que cese el uso de cláusulas abusivas³¹.

Con estos argumentos es fácil comprender que la respuesta del Tribunal de Justicia sea que «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la examinada en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una acción individual de un consumidor dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le une a un profesional adopte de oficio medidas cautelares, con la duración que estime oportuna, a la espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva pendiente cuya solución puede ser aplicada a la acción individual, cuando tales medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados por el consumidor sobre la base de la Directiva 93/13».

El planteamiento de la cuestión prejudicial tomaba como premisa que la legislación procesal española obliga a condicionar los procesos individuales incoados por los consumidores a la decisión de la acción

³¹ El Tribunal de Justicia apoya su hilo argumental en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz (C-415/11), donde ya afirmó que la Directiva 93/13/CEE se opone a una normativa que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de las cláusulas que constituyen el fundamento del título ejecutivo y tampoco permite al juez que conoce del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esas cláusulas, adoptar medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su resolución final. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la reforma de la LEC llevada a cabo por la Ley 1/2013 introdujo ese control de oficio o a instancia de parte de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria.

colectiva sobre la misma cláusula abusiva. Esta circunstancia perjudica a los consumidores que habían optado por la tutela individualizada, pues el procedimiento podía resultar excesivamente largo y la negativa de la legislación procesal a la adopción de medidas cautelares de oficio por los órganos jurisdiccionales podría menoscabar la protección prevista en la Directiva 93/13/CEE.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español ha puesto de manifiesto en distintas sentencias que la suspensión automática del proceso instado por el consumidor que ha optado por una tutela individual de sus derechos a la espera del resultado de una acción colectiva es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia³². Esta misma doctrina se ha reflejado en la STJUE de 14 de marzo de 2016, asuntos Sales Sinués y Drame Ba (C-381/14 y C-385/14).

No obstante, el legislador nacional sí ha considerado oportuno, en esta ocasión, llevar a cabo una reforma parcial de la legislación nacional para incorporar la doctrina recogida en el Auto Fernández Oliva. El Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, añadió un apartado tercero al art. 721 de la LEC, en el que se dispone lo siguiente: «Si, en aplicación de lo previsto en el artículo 43, el tribunal acordase la suspensión del proceso en que se ejercita la acción individual de un consumidor dirigida a obtener que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual, podrá acordar de oficio, sin necesidad de prestar caución, las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la eficacia de un eventual pronunciamiento estimatorio».

3. EL AUMENTO DE LOS PODERES DEL JUEZ PARA PROTEGER A LOS CONSUMIDORES CUANDO NO ESTÁN EN JUEGO CLÁUSULAS ABUSIVAS: UN ERROR Y UNA RECTIFICACIÓN DEL TJUE

La expansión de los poderes de actuación de oficio del juez en el proceso civil no se ha limitado al ámbito de las cláusulas abusivas y a la Directiva 93/13/CEE, sino que se ha extendido a otros contextos normativos. Este salto cualitativo plantea el debate sobre los límites del poder judicial en la protección de los consumidores y sobre el riesgo de quiebra de los principios estructurales del proceso civil nacional sin una justificación clara.

Un notorio ejemplo lo tenemos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2013, asunto Duarte Hueros (C-32/12), que enfrentó a una consumidora, que adquirió un vehículo defectuoso, con la empresa vendedora. Tras constatar que el

³² SSTC 49/2016, de 14 de marzo; 148/2016, de 19 de septiembre o 4/2017, de 16 de enero.

defecto era de escasa entidad, el juez español consideró improcedente la resolución del contrato solicitada por la demandante. Sin embargo, se planteó ante el TJUE si, pese a no haber sido pedida, el juez podía reconocer de oficio una reducción del precio conforme a la Directiva 1999/44 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo.

El problema jurídico central residía en la compatibilidad de los artículos 218, 400 y 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el Derecho de la Unión. Dichas normas limitan al juez a resolver únicamente sobre las pretensiones formuladas por las partes (deber de congruencia) y establecen la preclusión de las alegaciones de hechos y fundamentos jurídicos que pudieron hacerse valer en el primer proceso (art. 400 LEC). Bajo esta lógica, el juez español carecía de potestad para conceder de oficio una tutela distinta de la pedida, aunque derivara de un derecho sustantivo reconocido por la misma Directiva.

El TJUE, sin embargo, estimó que esa rigidez procesal contravenía el principio de efectividad del Derecho de la Unión. Aunque la Directiva 1999/44 no impone expresamente al juez nacional un deber de conceder tutelas no solicitadas, los Estados miembros deben garantizar que los consumidores puedan ejercer efectivamente sus derechos. Según el Tribunal, las normas procesales españolas hacían «excesivamente difícil» el ejercicio del derecho a una reducción del precio, al impedir tanto su reconocimiento de oficio como la posibilidad de promover un nuevo proceso por la preclusión derivada del art. 400 de la LEC. Por ello, concluyó que el juez debía poder otorgar de oficio dicha tutela para asegurar la efectividad del Derecho europeo, aun a costa de los principios procesales internos.

La exégesis realizada por el Tribunal de Luxemburgo partía de un error de base en la interpretación del art. 400 de la LEC, que se originó por los términos en los que se había planteado la propia cuestión prejudicial. El TJUE interpretó que la regla de preclusión se extiende a todas las acciones con distinto *petitum* que hubieran podido ejercitarse en el proceso. Tal exégesis conduce a una visión extensiva de una norma que, en realidad, tiene carácter restrictivo de derechos.

Según la interpretación correcta, la preclusión a la que se refiere el art. 400.1 de la LEC afecta únicamente a hechos y títulos jurídicos que integran la causa de pedir, no al *petitum* o a la tutela solicitada³³. Por

³³ Cfr. I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ (con A. DE LA OLIVA SANTOS, J. VEGAS TORRES y J. BANA-CLOCHE PALAO), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001, p. 669. En el mismo sentido, E. VALLINES GARCÍA, «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Derecho, Justicia, Universidad*. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2016, pp. 3171- 3195.

tanto, si en un nuevo proceso se pide una tutela diferente, como una reducción del precio en lugar de la resolución contractual, no opera la preclusión. Desde esta perspectiva, la consumidora no habría perdido la posibilidad de ejercitar en un segundo proceso la acción para pedir la rebaja del precio.

La decisión del TJUE en el asunto Duarte Hueros se basa, pues, en un error de interpretación del Derecho procesal español, derivado de la cuestión prejudicial planteada³⁴. Ello distorsiona el alcance real de la sentencia y pone en duda la supuesta vulneración del principio de efectividad.

Unos años después, el TJUE vuelve a enfrentarse al problema de la protección de los consumidores y los límites de la actuación de oficio del juez. Se trata de la Sentencia de 14 de septiembre de 2023, asunto Tuk Tuk Travel (C-83/22)³⁵. Los hechos en los que se enmarca esta decisión se refieren a un consumidor español que había cancelado un viaje combinado a causa de la pandemia del covid-19. El consumidor había pagado por adelantado 2.402 euros, de los cuales la agencia le devolvió 302 euros y se quedó con 2.100 euros en concepto de gastos de cancelación. El consumidor demandó a la agencia de viajes para obtener un reembolso adicional de 1.500 euros y afirmó que la agencia solo podía quedarse con 601 euros en concepto de gastos de gestión. El art. 12, apartado 2, de la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a las modalidades de viaje vinculadas, permite al viajero solicitar el reembolso completo de cualesquiera pagos realizados por el viaje combinada, en caso de que ponga fin al contrato por circunstancias inevitables y extraordinarias. Sin embargo, el consumidor, posiblemente por desconocimiento, no solicitó en su demanda la restitución íntegra de las cantidades abonadas, sino solo una parte de estas. Debe tenerse en cuenta también que el demandante no estaba asistido de abogado, al tratarse de un juicio verbal cuya cuantía no excede de 2.000 euros, como permite el art. 31 LEC.

En estas circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena presentó una cuestión prejudicial en la que planteaba si el art. 12, apartado 2, de la Directiva 2015/2302, a la luz de los arts. 114 y 169 del TFUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de determinados principios procesales naciona-

³⁴ A este respecto, F. CORDÓN MORENO, «La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor (STJUE de 3 de octubre de 2013)», en www.uclm.es/centro/cesco, fecha de publicación: 29 de octubre de 2013 y P. CALDERÓN CUADRADO, «Derechos, proceso y crisis de la justicia», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 37/2015.

³⁵ Un interesante comentario sobre esta Sentencia puede verse en E. VALLINES GARCÍA, «Tuk Tuk Travel (C-83/22): rebuilding procedural autonomy or simply defending personal freedom», en *EU Law Live*, (<https://eulawlive.com/op-ed-tuk-tuk-travel-c-83-22-rebuilding-procedural-autonomy-or-simply-defending-personal-freedom-by-enrique-vallines/>).

les, el de justicia rogada y el de congruencia, conforme a los cuales el órgano jurisdiccional no puede otorgar de oficio al consumidor el reembolso íntegro de las cantidades a que tiene derecho, cuando en la demanda ha pedido una cantidad inferior.

El Tribunal de Luxemburgo tomó como premisa que el Derecho de la Unión no armoniza las normas procesales de los Estados miembros, por lo que rige el principio de autonomía procesal. Sin embargo, los tribunales nacionales deben garantizar la protección efectiva de los derechos de los consumidores derivados del Derecho de la Unión. En consecuencia, aunque el juez no pueda conceder más de lo pedido (por respeto al principio de justicia rogada), sí debe poder informar al consumidor de su derecho a la devolución total del precio y ofrecerle la posibilidad de invocarlo en el proceso.

Con la Sentencia *Tuk Tuk Travel* el TJUE se ha mostrado más respetuoso con los principios fundamentales sobre los que se asienta el proceso civil y ha evolucionado de proclamar la concesión de oficio de tutelas no solicitadas por el consumidor, excediendo de los límites del proceso, a imponer al juez un deber de informar al consumidor de los derechos que le asisten para sea el propio consumidor quien pueda invocarlos en el proceso.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La creación de un Espacio Judicial Europeo en el que los sistemas procesales de los Estados miembros de la Unión Europea sean uniformes no deja de ser una utopía. Pese a que haya un sustrato común basado en el respeto a ciertos derechos o garantías fundamentales, la diversidad de tradiciones jurídicas y las particularidades nacionales en aspectos esenciales, como el papel que se atribuye al juez dentro del proceso, perpetúan las diferencias en la configuración de los procesos civiles en los Estados miembros.

Sin embargo, el TJUE está logrando, en el ámbito de consumo, lo que el legislador europeo no ha podido conseguir. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, construida al resolver cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad entre las normas procesales internas y la protección que el Derecho europeo brinda a los consumidores, ha creado, de forma casi pretoriana, un corpus normativo autónomo, que resulta vinculante para los operadores jurídicos en todos los Estados miembros.

La jurisprudencia del TJUE se ha convertido en una fuente fundamental del Derecho procesal en los Estados miembros y está impulsando una continua revisión de los sistemas procesales civiles para garantizar una protección efectiva de los consumidores. De ahí que la autonomía procesal de los Estados, en materia de consumo, sea más ficticia que real.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, en algunas ocasiones, el planteamiento de las cuestiones prejudiciales va acompañado de interpretaciones erróneas o sesgadas de las normas procesales internas o se formula la pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de manera que se está condicionando la respuesta. Esta forma de actuar, consciente o inconsciente, constituye un factor distorsionador que ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar la incidencia que cada decisión del máximo intérprete del Derecho de la Unión ha de tener en el ordenamiento de los Estados miembros.

Dejando de lado estos casos patológicos, las sentencias del Tribunal de Luxemburgo han tenido un enorme impacto en la configuración del proceso civil nacional, pues han obligado a revisar el papel que ha de desempeñar el juez en el proceso civil, así como a reformular el principio dispositivo, el de aportación de parte, el deber de congruencia, la cosa juzgada o la prohibición de incurrir en *reformatio in peius*. El juez civil no puede ser un mero espectador que se limite a resolver la controversia, sino que ha de adoptar un papel activo en la apreciación de cláusulas abusivas, en la práctica de pruebas e, incluso, en la adopción de medidas cautelares con el fin de garantizar una protección efectiva del consumidor.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M., «El control de oficio de las cláusulas abusivas en sede de recurso: la próxima batalla ante el TJUE», en *Diario La Ley*, núm. 9378, Sección Doctrina, 15 de marzo de 2019.
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, Vol. I (Trad. SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, EJE, 1972.
- CALDERÓN CUADRADO, P., «Derechos, proceso y crisis de la justicia», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 37/2015.
- CEDENO HERNÁN, M., *Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, 2023.
- 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)», en www.uclm.es/centro/cesco, fecha de publicación: 29 de octubre de 2013.
- DAMIÁN MORENO, J., «El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022», en *Diario La Ley*, núm. 10174, Sección Tribuna, 21 de noviembre de 2022.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., DE LA OLIVA SANTOS, A., VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001.
- FERNÁNDEZ SEJO, J. M., «Hacia un Derecho Procesal de consumo (Comentario a las recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de consumidores)», *Actualidad Civil*, núm. 7/2022.
- FIDALGO GALLARDO, C., «El proceso de desplazamiento de la autoridad normativa en los ordenamientos europeos, desde los legislativos nacionales a

- las instituciones de la Unión Europea. El TJUE como estrella emergente en el firmamento de la Unión», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 40, 2016, en www.iustel.com.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Extensión, límites y efectos de las resoluciones civiles según la interpretación jurisprudencial europea», en *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 209- 239.
- MARTÍN FUSTER, J. M., «La apreciación de oficio de las consecuencias de la Nulidad. Comentario a la Cuestión prejudicial presentada por el TS en el Auto de 27 de noviembre de 2019», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021.
- MOYA HURTADO DE MENDOZA, F., «Efectividad del Derecho de la Unión Europea vs. principio constitucional de imperio de la Ley», en *Revista de derecho político*, núm. 99, 2017, pp. 399- 431.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «El incremento de los poderes probatorios del Juez en la jurisprudencia europea y su repercusión el ordenamiento procesal español», en *Logros y retos de la justicia civil en España* / coord. por Guillermo Schumann Barragán; Fernando Jiménez Conde (dir.), Julio Banacloche Palao (dir.), Fernando Gascón Inchausti (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 157- 166.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., MÉNDEZ TOMÁS, R. M., «Los poderes probatorios del juez civil en materia de consumo a la luz de la jurisprudencia del TJUE», en *La Ley Probática*, núm. 5, 2021.
- SANCHO GARGALLO, I., «Control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», en *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, núm. 5, 2012-2014, pp. 379- 390.
- SENÉS MOTILLA, C., «La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria», en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (Dir. Núñez Iglesias), Granada, 2014, pp. 149 a 166.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., «La apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas», en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 17, 2016, pp. 119- 133.
- TAPIA HERMIDA, A. J., «Efectividad de la tutela judicial de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de los contratos bancarios. Sentencias del Tribunal de Justicia 17 de mayo de 2022, asuntos C-600/19: Ibercaja Banco, C-869/19: Unicaja banco y otros asuntos acumulados (LA LEY 71506/2022)», en *La Ley Unión Europea*, núm. 105, Julio/2022.
- VALLINES GARCÍA, E., «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2016, pp. 3171-3195.
- VALLINES GARCÍA, E., «Tuk Tuk Travel (C-83/22): rebuilding procedural autonomy or simply defending personal freedom», en *EU Law Live*, (<https://eulawlive.com/op-ed-tuk-tuk-travel-c-83-22-rebuilding-procedural-autonomy-or-simply-defending-personal-freedom-by-enrique-vallines/>)