

## **LA POSIBILIDAD DE QUE EL JUEZ OTORGUE DE OFICIO UNA TUTELA JURISDICCIONAL NO PEDIDA POR EL CONSUMIDOR (STJUE DE 3 DE OCTUBRE DE 2013)**

**Faustino Cordón Moreno**

Catedrático de Derecho Procesal

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

### **1. Introducción**

Decía CALAMANDREI, en un ensayo célebre, que derecho sustancial y derecho procesal son dos aspectos de una misma e indivisible realidad social; de suerte que, cuando se discute de reformas procesales y de los principios fundamentales en que deben inspirarse, no se puede dejar de tener presente que toda reforma procesal con la cual se trate de dar un diverso orden a las relaciones entre la actividad del juez y la actividad de las partes corre el riesgo, si no se hace en armonía con el derecho sustancial, de reaccionar sobre éste de un modo imprevisto, hasta el punto de constituir una reforma indirecta del derecho sustancial efectuada impensadamente a través del proceso.

Estas palabras pueden servir de introducción para el análisis de la sentencia que nos ocupa, porque es claro que, en el ámbito -sustantivo- de los derechos de los consumidores, se ha producido un desplazamiento de lo privado hacia lo público al que también hace referencia el maestro florentino y, como consecuencia de ello, se han actualizado y adaptado los instrumentos procesales utilizados para garantizar su eficaz protección, comenzando por el momento inicial de la misma que es el acceso de tales derechos e intereses -no ya individuales, sino sociales o colectivos- al proceso.

La LEC aborda estos instrumentos de tutela en un conjunto de normas dispersas que introducen especialidades de gran relevancia en el proceso civil, en especial en materia de legitimación (art. 11) y de eficacia de la sentencia (art. 221). Con anterioridad, las Directivas comunitarias sobre protección de los derechos de los consumidores y la jurisprudencia del TJUE que las interpreta, introducen otros, que constituyen un reflejo directo de ese paso de lo privado a lo público que se ha producido en este ámbito del ordenamiento y que se han plasmado ya en reformas legales (v. la disposición final cuarta de la Ley 8/2013, de 26 de junio, que ha modificado los arts. 552 y 695 LEC).

Pero entre ellos no se encuentra la posibilidad de que el juez entre a examinar y, en su caso, otorgue una tutela jurisdiccional no pedida, que es lo que hace la sentencia objeto de este comentario. La cuestión, obviamente, es si la introducción de estos mecanismos procesales en general, y de la que se acaba de mencionar en particular, se ha realizado en armonía con el derecho sustantivo. Y la respuesta, como vamos a ver, es por lo menos discutible en el caso ahora analizado.

## **2. La cuestión prejudicial planteada y la respuesta de la sentencia**

1. Conforme al artículo 3, apartados 5 y 6, de la Directiva 1999/44, 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, en los casos que se prevén, el consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato de compraventa, aunque no podrá optar por resolver "si la falta de conformidad es de escasa importancia".

La cuestión prejudicial planteada por un juez español, que analiza y resuelve la sentencia del TJUE que comentamos es si, pedida exclusivamente la resolución contractual y denegada al amparo del art. 3.6 de la Directiva, puede el juez entrar a examinar de oficio (aunque no haya sido pedida) y, en su caso, conceder la reducción adecuada del precio, a la que el consumidor también tiene derecho, según el apartado quinto. Para el juez español, la aplicación de esta última norma de oficio iría en contra de principios básicos informadores de nuestro proceso civil; en concreto, del principio dispositivo (arts. 19.1 y 216 LEC), que exige la petición de parte para el otorgamiento de la tutela, y en el caso, el consumidor no pidió la reducción del precio en la demanda (con carácter subsidiario -art. 71.4 LEC-, ya que la acumulación principal de dicha acción a la de resolución estaba excluida por la incompatibilidad de las acciones: art. 71.2). Además, dice el juez, al haber tenido la posibilidad de pedir en el litigio principal, siquiera con carácter subsidiario, dicha reducción del precio, esa eventual pretensión no podría ser ya juzgada en un ulterior proceso por aplicación del principio de preclusión del art. 400 LEC. En consecuencia, el consumidor se vería privado de todo tipo de tutela.

2. La respuesta que da la sentencia a la cuestión prejudicial se resume en los siguientes puntos:
  - a) La Directiva reconoce –en el caso analizado– el derecho del consumidor a la reducción del precio, pero no el derecho a que el juez conceda de oficio dicha reducción, por lo que es esta una cuestión que corresponde regular al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros. Ahora bien, esta regulación no debe ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni debe estar articulada de tal manera que haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de aquel derecho (el derecho a la reducción del precio).

- b) En lo que respecta a este último principio, dice la sentencia: “en el sistema procesal español, un consumidor que reclama judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa de un bien queda privado de modo definitivo de la posibilidad de ejercer el derecho a obtener una reducción adecuada del precio si el juez nacional que conoce del asunto considera que, en realidad, la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, y ello salvo en el supuesto de que se haya deducido con carácter subsidiario una pretensión cuyo objeto sea dicha reducción”. Y, al respecto, “es preciso señalar que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del sistema procesal español (...), existe un riesgo no 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”.
- c) En tal contexto, concluye la sentencia, “procede declarar que un régimen procesal de las referidas características, al no permitir que el juez nacional reconozca de oficio al consumidor el derecho a obtener una reducción adecuada del precio de compra del bien, a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión ni de presentar al efecto una nueva demanda, puede menoscabar la eficacia de la protección de los consumidores que persigue el legislador de la Unión”.

### 3. El discutible fundamento de la sentencia

1. En lo que ahora interesa considerar, la sentencia constituye un paso más en la ampliación de los poderes del juez civil en los procesos en que se plantea la tutela de los derechos de los consumidores. Sin embargo, en el presente caso, la doctrina que mantiene me parece discutible tanto por su fundamentación cuanto por la naturaleza de los derechos que se discuten (resolución de un contrato y/o reducción del precio), de naturaleza claramente dispositiva. Veamos la primera de las críticas, dejando la segunda para la conclusión final.
2. La sentencia viene a conceder al juez nacional el poder de otorgar de oficio una determinada tutela jurídica sustantiva que no ha sido pedida por el interesado y en la que –insisto– no parece que esté afectado el interés público. En el Derecho español el reconocimiento de semejante facultad constituye una excepción al principio dispositivo –consagrado en los arts. 19.1 y 216 LEC–, cuyo fundamento es la exigencia de garantizar “la eficacia de la protección de los consumidores que persigue el legislador de la Unión”.

El art. 216 LEC contempla la posibilidad de excepcionar la vigencia de este principio, pero siempre por ley. Y, en el ámbito civil o mercantil, no existen casos en que tales excepciones afecten al principio de justicia rogada (*ne procedat iudex ex officio*), que es la manifestación del principio dispositivo

sobre la que pronuncia la sentencia analizada; en determinadas parcelas en las que tiene relevancia el interés público (por ejemplo, los procesos civiles sobre el estado civil y condición de las personas o en el recurso de amparo constitucional para la tutela de los derechos fundamentales) puede reconocerse –no siempre– legitimación al Ministerio Fiscal, pero nunca se otorga poder al juez para actuar una tutela jurisdiccional de oficio.

Tampoco en el ámbito del control de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos con consumidores, que es donde se ha desarrollado la doctrina sobre el aumento de los poderes del juez, se ha reconocido esta facultad de accionar sin petición de parte, ya que el juez se limita a apreciar de oficio una excepción que priva de eficacia a la pretensión del actor (también ejecutiva; cfr. art. 552.1, II LEC); y no es lo mismo reconocer al juez la facultad de apreciar de oficio los hechos impeditivos (la nulidad, por ejemplo) o extintivos (las causas de extinción de las obligaciones), que privan de eficacia a una tutela jurisdiccional solicitada por el interesado, que otorgarle la facultad de disponer de esta misma tutela.

3. En cualquier caso, el fundamento de la sentencia para reconocer tal facultad al juez no me parece sólido:

- a) Es discutible que en un ordenamiento como el español, en el que está prevista la postulación (asistencia de letrado; también de procurador) obligatoria, salvo en asunto de menor importancia (arts. 23.2 y 31.2 LEC), exista, como dice la sentencia, “un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no deduzca una pretensión subsidiaria”, porque “el consumidor ignora o no percibe la amplitud de sus derechos”.
- b) Y es muy discutible que –tal y como dicen tanto el juez en el planteamiento de la cuestión prejudicial como la sentencia– el no ejercicio de la pretensión subsidiaria sea sancionado con la preclusión de la acción en un segundo proceso por aplicación del art. 400 LEC; porque la preclusión se refiere a hechos y fundamentos jurídicos, pero no a pretensiones, ya que se exige que en ambos procesos se pida lo mismo. Con claridad lo dice la STS 30 marzo 2011 (RJ 2011/3134):: “(...) el artículo 400 persigue que el actor haga valer en el proceso todas las causas de pedir de la pretensión deducida. Por ello, el complejo supuesto que condiciona la aplicación de la sanción que el mismo establece se integra: (a) por la realidad de dos demandas; (b) por ser diferentes las causas de pedir alegadas en ellas, lo que puede deberse tanto a que lo sean sus elementos fácticos –“diferentes hechos”– como normativos –“distintos fundamentos o títulos jurídicos”–; (c) por haber podido ser alegada en la primera demanda la causa de pedir, en cualquiera de los aspectos de su doble vertiente, que fue reservada para el proceso ulterior –*resulten conocidos o puedan invocarse*–; y (d) por haberse pedido lo mismo en las dos demandas”.

Con palabras de la STS de 16 de mayo de 2007 (RJ 2007/3555), “(...) la racional interpretación del artículo 400 citado exige la aportación de todas las alegaciones posibles en defensa de lo pedido o de la oposición

a lo pedido, pero no puede comprenderse que pueda alcanzar a la imposibilidad de ejercitar acción distinta con finalidad distinta a la previamente ejercitada; y esta circunstancia es la que ha tenido lugar en el presente pleito". Y la STS de 9 de enero de 2013 (RJ 2013/261), extiende esta doctrina a las acciones subsidiarias: el artículo 400 no obliga al demandante a efectuar en la demanda una acumulación eventual de acciones que no viene impuesta por el artículo 71.2 LEC.

#### **4. La doctrina sobre los poderes del juez en los procesos para la tutela de los derechos de los consumidores**

Vengo diciendo que la sentencia que analizamos constituye un paso más – aunque discutible- de la doctrina que propugna la intervención de oficio del juez en el proceso en apoyo del consumidor como parte más débil de la relación contractual

El reconocimiento al juez de este poder para actuar de oficio se encuentra consolidado en la jurisprudencia de TJUE, y también en la de nuestro TS, cuando se trata del control de cláusulas abusivas. La STS de 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) resume la doctrina contenida en la jurisprudencia del TJUE en los siguientes puntos:

- a) La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. "Lo que ha sido recogido por la STJUE de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009, 155), Pannon, apartado 23, según la cual "el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula". Más aún, continúa la sentencia, el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir y examinar de oficio esta cuestión (el carácter abusivo de la cláusula) tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.
- b) Este deber no solo comprende el de apreciar la abusividad cuando esta aparezca demostrada de forma clara y contundente, sino también el de acordar la práctica de prueba cuando existan motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva.
- c) La aplicación de las reglas expuestas puede plantear ciertas dificultades en el sistema español, en el que corresponde a las partes decidir si ejercitan sus derechos en vía jurisdiccional -libertad de acción-, y la carga de alegar y probar los hechos sobre los que el juez debe decidir, según la regla clásica *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*.

Esta limitación del poder del juez nacional tiene como principal objetivo proteger el derecho de defensa y, por ello, al consumidor se le puede exigir en principio que formule ante el juez sus pretensiones y que las deduzca adecuadamente, en su caso con carácter subsidiario. No obstante, este límite no entra en juego en los supuestos de nulidad absoluta, ya que en tales casos el Ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado rechazar de oficio su eficacia.

En definitiva, "tratándose de cláusulas abusivas...", el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y "de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida".

- d) Aunque en todo caso deberá respetarse el principio de contradicción, ya que, como afirma la STJUE de 21 de febrero de 2013 (Banif Plus Bank Zrt, apartado 30), "el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión".

## 5. Conclusión

Sin embargo, es discutible que la anterior doctrina sea aplicable al caso resuelto por la sentencia del TJUE que analizamos, en el que no se trata de controlar una cláusula abusiva, sino de analizar las consecuencias del no ejercicio por el consumidor, con carácter eventual o subsidiario, de una pretensión de tutela de un derecho de naturaleza disponible.

El principio dispositivo, que informa el proceso civil y cuya primera manifestación es la petición de parte para poder iniciar el proceso, encuentra su fundamento en la naturaleza privada y disponible de las situaciones jurídicas sustanciales que se deducen en el proceso civil; es una manifestación más del poder de disposición inherente a las mismas, ya que, como dijo Calamandrei, "el deducir un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo y, por consiguiente, el condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado es una consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida al particular sobre su propia esfera jurídica". Pues bien, si tenemos en cuenta la reflexión del mismo autor sobre las relaciones entre el derecho procesal y el derecho sustantivo, expuesta en la Introducción, habrá que concluir que la modificación procesal introducida por la sentencia (ejercicio de la acción subsidiaria de oficio por el juez) supone otorgar al derecho subjetivo del consumidor tutelado (derecho a la reducción del precio) la relevancia de un derecho público, lo cual parece cuando menos discutible.

Y la crítica debe acentuarse si tenemos en cuenta que, como antes decía, la doctrina de la sentencia persigue evitar un riesgo para el consumidor que en realidad no existe, o es un riesgo menor, porque la no acumulación eventual o subsidiaria de la acción de reducción del precio en el primer proceso no le impide ejercitarla en otro posterior, al no ser aplicable el principio de preclusión del art. 400 LEC, o ser muy discutible que lo sea.

En cualquier caso, en el caso de mantenerse esta doctrina, parece claro que el juez, antes de entrar a examinar la pretensión, deberá prestar audiencia al consumidor. Esta exigencia –ha dicho la jurisprudencia comunitaria- forma parte del derecho de defensa y debe ser respetada, en particular, cuando se decide un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio; con más razón cuando este poder lo utiliza el juez para el ejercicio de la acción. Porque, del mismo modo que hay que contar con el posible aquietamiento del consumidor a la cláusula abusiva, habrá que tener en cuenta la posibilidad de que no quiera ejercitar la acción (subsidiaria) o incluso renuncie al derecho, salvo que se quiera elevar el derecho en cuestión (a la reducción del precio) a la categoría de derecho irrenunciable. Como ha dicho la STJUE, ya citada, de 4 de junio de 2009 (en el caso Pannon), con referencia al control de las cláusulas abusivas, "el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula", de tal forma que "[c]uando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone". Doctrina esta que la ha reiterado el TJUE en otras sentencias posteriores (V. la de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt) y que es aplicable con más razón al caso que nos ocupa.