

La audacia del Derecho (Notas prácticas sobre la protección de los consumidores en el marco del Derecho y la Jurisprudencia de la Unión Europea)

José María Fernández Seijó

Magistrado

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

Resumen

La situación entre el consumidor y la persona o entidad que facilita el servicio, los bienes o distribuye las mercancías es normalmente de desequilibrio; difícilmente el consumidor está en condiciones de imponer las cláusulas o provisiones que le permitan regular la relación. La situación del consumidor puede llegar a ser un infierno en vida si el bien o servicio no cumple las expectativas generadas. Con las directivas comunitarias en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios, principalmente la directiva 93/13 del consejo de 5 de abril de 1993, sobre las condiciones

Abstract

The situation between the consumer and the person or entity who provides the service, manufactures or distributes the good is usually of imbalance; rarely the consumer is able to impose guidelines or provisions which regulate the legal relationship. The situation of the consumer however can become a living hell if the good or service doesn't meet the expectations generated.

With the Community directives in the field of protection of consumers and users, primarily the 93/13 of the Council of 5 April 1993 about the terms in contracts concluded

incluidas en contratos firmados con consumidores, nuestro sistema legal ha ido consolidando términos y conceptos en orden a incorporar estas directivas, pero todavía no hemos sido capaces de reconocer con suficiente fuerza lo que debería ser una disciplina legal especial.

Por qué intentamos hablar del coraje de la ley, sobre la fortaleza de las normas en la protección de los consumidores, porque la normativa comunitaria y la jurisprudencia de la corte de Luxemburgo determina una inequívoca demanda a los poderes públicos que deben llevar a efecto y una protección radical a los consumidores. Radical porque deben protegerlos sin necesidad de que hayan de comparecer en el procedimiento.

Palabras clave: consumidor - coraje - directivas comunitarias - jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo - condiciones generales de la contratación.

with consumers, our legal system has been staining terms and concepts of a right of consumption that hasn't yet been able to be recognized with enough force to become a special legal discipline.

Why trying to talk about the courage law, about the boldness of the law on the protection of consumers, because Community law's indications and Luxembourg Court's case law determine the unequivocal demand that public authorities are carrying out a «radical» consumer protection. Radical because we have to protect consumers without the consumers need to appeal to the process.

Key-words: *consumer - courage - comunitary directives - Case Law of Luxembourg Court - terms in contracts concluded with consumers.*

El derecho, como cualquier otra disciplina del conocimiento humano, se ha visto inmerso en los últimos tiempos en un proceso de especialización y tecnificación que complica mucho encontrar una materia que pueda ser útil o, cuando menos, interesar a esos distintos ámbitos del conocimiento jurídico. Cada vez profundizamos más en materias cada vez más complejas, ese proceso en muchas ocasiones determina que perdamos la perspectiva, la profundidad de campo que nos permita afrontar un problema de modo armónico e integrado no solo en el ordenamiento correspondiente, sino también en el conjunto de principios que debieran dar sentido a ese ordenamiento.

Asumiendo esa dificultad de encontrar una materia que permita realizar ese ejercicio de «transversalidad» y sin olvidar la utilidad práctica de la exposición, creo que la tutela de los consumidores permite trasladar a la práctica totalidad de disciplinas jurídicas un régimen de tutela común en lo referido a los consumidores, porque si hay un elemento caracterizador de cualquier persona que viva en una sociedad tan moderna y compleja como la nuestra es su condición de consumidor; consumidor es la persona que adquiere o recibe un bien o servicio y no lo integra en un proceso productivo, es el receptor final de ese bien o servicio. Cualquiera de nosotros es receptor de servicios o bienes tanto en el desarrollo de una actividad pública –pago de impuestos, transporte público, trámites administrativos–, como en el ámbito privado.

La situación entre el consumidor y la persona o entidad que le brinda el servicio, que fabrica o distribuye el bien es, por normal, de desequilibrio; en muy pocas ocasiones el consumidor está en condiciones de poder imponer las pautas o cláusulas que han de regular esa relación jurídica; cuanto más amplio es el espectro de consumidores que han de requerir un servicio o que pretenden adquirir una mercancía más minuciosas e intrincadas son las condiciones que se le imponen, condiciones que no quiere o no puede conocer el consumidor en detalle y que, sin embargo, pueden llegar a convertirse en un verdadero infierno si el bien o servicio no cumple con las expectativas generadas en el consumidor, si es defectuoso.

A partir de las directivas comunitarias en materia de tutela de consumidores y usuarios nuestro ordenamiento jurídico –tanto el estatal como el autonómico– se ha ido tiñendo de términos y conceptos propios de un derecho de consumo que todavía no ha sido capaz de ver reconocido un músculo suficiente como para convertirse en una disciplina jurídica propia, de ahí que debamos ir descubriendo su rastro tanto en la normativa que regula relaciones privadas como en el derecho público, en el derecho civil, en el derecho penal, en el administrativo, en el fiscal e incluso en el llamado derecho de daños.

¿Por qué intento hablar de un derecho audaz, de la audacia del derecho en materia de tutela de los consumidores? Porque las indicaciones que han ido realizando tanto el ordenamiento jurídico comunitario como la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo determinan la exigencia inequívoca de que los poderes públicos realicen una defensa «radical» de los consumidores, tan radical que no es necesario ni tan siquiera que el consumidor tenga una noticia concreta de esa protección que debe realizarse no ya con carácter «preventivo» –evitando que determinadas prácticas o cláusulas se introduzcan en los contratos–, sino también con carácter «curativo», es decir, cuando se detecte una circunstancia que cause un daño efectivo a un consumidor los poderes públicos han de activar los mecanismos de tutela sin esperar a que el consumidor ponga en marcha los procedimientos –en muchas ocasiones costosos y complejos– por los que haya de pretender justicia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es consciente de que esa situación de desequilibrio no solo marca las relaciones entre el consumidor y las empresas en el contexto privado, sino también en el contexto público, en el propio proceso; por lo tanto la actuación de los poderes públicos ha de evitar que en el marco de un procedimiento judicial o administrativo se pueda producir esa situación de descompensación que determina que el consumidor no quiera o no pueda obtener una respuesta razonable a sus pretensiones.

El derecho audaz pretende, por lo tanto, romper con una vieja imagen de la justicia que en la iconografía medieval aparecía representada como un ejército de leones que sujetaba el trono del rey; incluso para alguien tan reputado y poco sospechoso de arbitrariedades como Montesquieu la justicia, los jueces, no eran sino la «boca» por la

que se cumplieran las leyes, sin margen alguno de discrecionalidad o de capacidad para comprender y solucionar los conflictos más allá del texto literal de las leyes.

Sin abandonar el mundo de las imágenes quisiera traer a este texto y contexto unas imágenes en principio muy poco jurídicas, las que permiten el arranque de una película de vaqueros: *The man who shot Liberty Valance*, dirigida por John Ford, el joven Ransom Stoddard (James Stewart) viaja en diligencia a Shinbone, un pueblecito del lejano oeste en el que pretendía buscar fortuna; a pocas millas de su destino la diligencia es asaltada por un bandolero, Liberty Valance (Lee Marvin), que le golpea con un látigo. Ransom Stoddard, que acaba de terminar sus estudios de derecho, esgrime un libro de leyes como instrumento para defenderse; Liberty Valance dibuja una sonrisa cínica y lanza los códigos a la arena y le asegura que al lugar al que van de nada sirven los códigos. Ransom Stoddard se comporta como un jurista audaz, está convencido de que solo con las leyes será capaz de poner orden y sentido al mundo en el que se pretende establecer. Esa audacia, rayana a la temeridad, es la que debe reivindicarse como instrumento no solo para resolver conflictos, sino también para evitar que estos conflictos surjan.

La película de John Ford esconden infinidad de paradojas que pueden servir para entender las debilidades y fortalezas del derecho en un mundo complejo: el forajido que desprecia las leyes se llama Libertad; Ransom Stoddard, cuando comprueba que con las leyes no solo no va a conseguir imponer el orden, sino que incluso va a sufrir la burla del resto de ciudadanos, se ve obligado a dedicarse al periodismo y a barrer los suelos de una cantina. Ransom Stoddard solo alcanza el respeto de sus conciudadanos cuando en apariencia vence en duelo a Liberty Valance y lo derriba de un balazo y ni tan siquiera el abogado es capaz de acertar el disparo ya que en realidad es un sheriff –Tom Doniphon (John Wayne), descreído y ajeno a leyes escritas– el que aprieta el gatillo para proteger a su amigo. Ransom Stoddard premia a su amigo levantándole a la novia y abandonando el pueblo primero como congresista, poco después como senador y, finalmente, con vicepresidente de los Estados Unidos, cargos todos ellos en los que consolida su prestigio como legislador. Años después, cuando se entera el senador Stoddard de que su viejo amigo ha muerto, decide regresar en tren al funeral del viejo Doniphon y en el largo trayecto en tren cuenta a un periodista la verdadera identidad del hombre que mató a Liberty Valance; cuando Stoddard termina su relato el periodista pretende publicarlo pero el editor del diario le responde con un contundente: «Print the legend»; está claro que la realidad, la verdad, nunca pueden frustrar una «buena» noticia.

La reivindicación del derecho audaz no es sino la reivindicación de cierta insolencia temeraria de pensar que el derecho puede ser un instrumento eficaz para cambiar el mundo, o por lo menos para mejorar las cosas. Esa temeridad no solo tiene su apoyo en películas de vaqueros más o menos olvidadas, sino también en fuentes más respetadas; en muchas ocasiones olvidamos que el artículo 9.3 de la Constitución

española exige a los poderes públicos que remuevan los obstáculos y promuevan las condiciones para que la libertad y el resto de derechos y garantías fundamentales puedan ejercitarse de modo efectivo; exige, en definitiva, cierto «activismo» de los poderes públicos que, desgraciadamente, se está diluyendo ya que los poderes públicos andan más preocupados en ser firmes leones que sujetan tronos cada vez más complejos y burocratizados, olvidándose que fueron juristas bisoños con la maleta cargada de leyes con las que pretendían cambiar el mundo.

Pese que la Constitución fija un marco legal para una tutela mucho más efectiva de los consumidores y usuarios, lo cierto es que el Tribunal Constitucional no ha podido o no ha sabido incardinar de modo eficaz la tutela de los consumidores en el marco del artículo 24 de la Constitución –el de la tutela judicial efectiva–, lo que ha determinado que en muchas ocasiones no haya permitido un debate judicial profundo respecto de algunas materias o cuestiones que exigían una revisión de constitucionalidad con el amplio campo de mira de una tutela judicial efectiva a los consumidores y usuarios; un ejemplo claro es la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado n.º 1 de Sabadell respecto de las fisuras del proceso de ejecución hipotecaria que afectaba a un consumidor.

No ayuda mucho el hecho de que la protección de los consumidores no forme parte del «núcleo duro» de derechos fundamentales y que haya de contentarse con el refugio de los derechos de carácter económico y social que no son de aplicación directa y que están siendo desmantelados como consecuencia o aprovechando –nunca se sabe– la crisis económica.

La experiencia española en materia de tutela de consumidores viene marcada por una regulación excesivamente fragmentada que arranca en 1984 con la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y que ha dado lugar a multitud de disposiciones que total o parcialmente reproducían sin mucho rigor las indicaciones de las Directivas Comunitarias. Creo que hay una circunstancia que lastra esa experiencia española ya que viene marcada por la circunstancia de la intoxicación a principio de los años ochenta del siglo pasado por aceite de colza; ese fraude que tuvo consecuencias fatales para miles de personas determinó que el ámbito inicial de protección se residenciara en el ámbito sanitario –los primeros organismos públicos de tutela de consumidores se estructuran en torno al Ministerio de Sanidad, que llegó a denominarse de Sanidad y Consumo– y que centren sus esfuerzos en el ámbito penal, con el riesgo de que se difumine la protección y se traslade no al ámbito de la reparación sino al de la sanción, sin duda necesaria, pero que no puede interferir en las legítimas expectativas de los perjudicados de ver reparado de modo efectivo el daño causado.

En otros países, e incluso en España en algunas Comunidades Autónomas, la tutela de los consumidores se ha vinculado a departamentos o ministerios con mayor potencial político como son las áreas de economía, e incluso de presidencia. En España el antecedente de la colza ha anclado estas materias al ámbito del consumo

de productos y a la sanidad, que obviamente tiene otras prioridades. Cuando se ha planteado la necesidad de trasladar el marco de esa tutela a otros ámbitos se han producido incidencias que han interferido en un tratamiento mucho más eficaz a estas cuestiones, los escándalos de las cooperativas de vivienda a mediados de los ochenta (PSV), algunos escándalos financieros como el de los inversores de Rumasa y posteriormente FORUM y AFINSA determinaron que no se trasladara la competencia al Ministerio de Economía para evitar con ello que los perjudicados pudieran considerar en estos casos una responsabilidad solidaria o subsidiaria del Estado, bien a través de sus instituciones de garantía, bien por mecanismos de responsabilidad subsidiaria por mal funcionamiento de los organismos de control.

Tampoco ayudó mucho la regulación que sobre esta materia estableció la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente ya que la regulación de las acciones colectivas y la tutela de los intereses difusos en la Ley 1/2000, Ley de Enjuiciamiento civil, aboca a la mayoría de procedimientos colectivos a lodazales procesales que demoran durante años la posibilidad de una respuesta judicial; sirva como ejemplo que la acción colectiva en defensa de intereses difusos destinada a conseguir la nulidad de las llamadas cláusulas suelo ha llevado a que sean más de 40 las entidades financieras demandadas y que las previsiones de celebración de juicio, no de dictado de sentencia, se demoren más allá de 2014.

En el año 2001, cuando entra en vigor la LEC, se consideró suficiente con flexibilizar el procedimiento civil permitiendo que el consumidor pueda incorporarse a las demandas en el arranque de las mismas –artículos 11 y 15 de la LEC–, o acceder en el momento de la ejecución –artículo 519–, extendiendo los efectos de la cosa juzgada a personas que inicialmente no fueron demandantes –artículo 221–. Sin embargo, pese a haberse conseguido un procedimiento más poroso, con más capacidad para adaptarse a los intereses de amplios colectivos, esa porosidad no ha permitido procesos más ágiles, más eficaces. Las razones de ese fracaso pueden ser:

- (1) Que no se deslindan con claridad las pretensiones vinculadas a relaciones contractuales de las generadas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pese a que los condicionantes de una y otra responsabilidad son sensiblemente distintos.
- (2) Aunque en teoría es sencillo establecer las diferencias entre los intereses colectivos y los difusos, en la práctica esa tarea no siempre es comprendida por las partes y por el propio juez de un modo eficaz se está abriendo un debate muy peligroso respecto de la identificación de cuándo un colectivo está perfectamente determinado o es fácilmente determinable, ya que en ocasiones esa facilidad en la determinación de los legitimados puede ser cualitativamente razonable pero cualitativamente muy extensa –ya hay supuestos en los que los juzgados se han empeñado en identificar a todos los suscriptores de determinadas cláusulas financieras, lo que supone en la práctica dar a conocer

el procedimiento a cientos de miles de hipotéticos perjudicados en situaciones objetivas y subjetivas distintas—.

- (3) El papel de las asociaciones de consumidores y usuarios no siempre es transparente, hay ocasiones en las que esas asociaciones están más preocupadas por conseguir un titular de prensa que por conseguir una sentencia eficaz.
- (4) La falta de medios de los juzgados y, sobre todo, la incapacidad para incorporar de modo efectivo las nuevas tecnologías de la comunicación hace que los mecanismos de citación y emplazamiento a los interesados sea propio de un mundo de Balzac, cuando la realidad se aproxima más a Philip K. Dick.
- (5) El procedimiento y sus vericuetos es el principal aliado de muchos litigantes.

No basta por lo tanto con que aparezcan referencias al derecho de consumo en las normas procesales, cada vez es más necesario que haya un procedimiento de consumo atribuido a juzgados de consumo. Cuestión distinta será la de identificar cuándo nos encontramos con un procedimiento de consumo.

La creación de los juzgados mercantiles por la Ley Orgánica 8/2004, que han centralizado algunas de las acciones colectivas, y el Texto Refundido del Código de Consumidores de noviembre de 2007 han reordenado parte de este caos, aunque todavía no se han alcanzado estándares de tutela de consumidores similares a los de otros países europeos. Es un error considerar que los nuevos juzgados mercantiles pueden actuar como verdaderos tribunales de consumo, ciertamente han asumido algunas de esas acciones colectivas, incluso aspectos importantes del control de las condiciones generales, también han atraído la competencia de los procedimientos que afectan a consumidores en materia de transporte. Pese a esos esfuerzos debe advertirse que los juzgados mercantiles llevan en su ADN la tutela y preocupación por el mercado, un concepto no siempre equivalente al del consumo. Los jueces mercantiles no siempre somos conscientes de que existen esas situaciones de desequilibrio y no siempre se tiene claro que ante esas situaciones de desequilibrio debe anticiparse la tutela, incluso actuar de oficio.

Como se ha visto hasta ahora el panorama desde un punto de vista interno es complejo y las posibilidades de una respuesta armónica a estos problemas es remota, no solo porque no haya una normativa clara en materia de tutela de los consumidores, sino también porque no hay en la comunidad jurídica una verdadera cultura de tutela al consumidor. El derecho audaz no puede permitirse el lujo de ser temerario, de ahí la necesidad de trascender y de buscar en las fuentes del derecho comunitario las bases y principios para una tutela eficaz.

Esta reivindicación del derecho comunitario no lo convierte, ni muchos menos, en una «arcadia» del consumidor ya que en el ámbito comunitario el interés por la protección del consumidor se realiza desde la perspectiva del mercado, es decir, el derecho comunitario no quiere que el consumidor pueda verse mediatizado o engañado por empresarios tramposos o desleales, en muchas ocasiones la tutela del consumidor

no es sino la tutela de aquellas empresas que no «tuercen» esa relación con el consumidor. Por otra parte el esfuerzo normativo que se detectaba a finales de los años ochenta y principios de la década de los noventa del siglo ha pasado, se ha reducido sensiblemente y el siglo XX ha arrancado sin grandes novedades normativas y, lo que es más grave, sin establecer garantías efectivas que permitan considerar una tutela uniforme en todo el territorio de la Unión y sin exigir a los nuevos Estados incorporados un régimen interno homologable.

La directiva que permitió abrir la caja de Pandora de la protección de los consumidores es la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; partiendo de esa directiva se ha ido construyendo una jurisprudencia comunitaria que se asienta sobre una realidad que difícilmente puede ser refutada:

Es preciso recordar que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (asunto Océano Grupo Editorial, Sentencia de 27 de junio de 2000, parágrafo 25).

El Abogado General en el informe emitido para ese procedimiento –de 16 de diciembre de 1999– utiliza un lenguaje incluso más llano al reconocer que el consumidor es la «parte débil»:

El sistema de protección garantizado por las normas de la Directiva parte del principio del carácter general conforme al cual, en los contratos celebrados con un profesional, se considera que el consumidor es la «parte débil», que necesita una tutela especial: por tanto, el objeto de la Directiva es restablecer, en dichas relaciones, un equilibrio contractual, salvaguardando al mismo tiempo el interés general de observancia de una práctica empresarial correcta (Parágrafo 23).

De ahí que atribuya a los poderes públicos, concretamente al juez, el deber de tutelar los intereses de la parte más débil y restablecer ese equilibrio:

Considero que reconocer al juez la facultad de declarar de oficio la ineficacia de una cláusula contractual por ser abusiva entra completamente en el contexto general de la tutela especial que la Directiva desea reconocer a los intereses de la colectividad que, por formar parte del orden público económico, trascienden de los intereses específicos de las partes. En otras palabras, existe un interés público en que las cláusulas perjudiciales para los consumidores no produzcan efecto. Dicho interés motiva, desde el punto de vista sustancial, la sanción de la «carencia de carácter vinculante» de la cláusula que, a pesar de haber sido firmada por el consumidor, no se haya negociado individualmente con él; desde el punto de vista procesal, motiva la intervención del juez, que, una vez apreciado el perjuicio sufrido por el consumidor,

puede no aplicar la cláusula independientemente del comportamiento procesal de este último (Parágrafo 27).

Y así ese criterio se traslada a la Sentencia mencionada cuando el tribunal afirma que:

es preciso considerar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva –impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva–, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (Parágrafo 28).

La audacia del Abogado General y del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en este procedimiento habilitó a los jueces de cualquier país de la Unión Europea para poder realizar un juicio de valor a priori, es decir, sin necesidad de que se personara el consumidor en el procedimiento y alegara nada; un juicio a priori del carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato de adhesión, ese carácter abusivo se consideraba a partir de unos estándares comúnmente aceptados –normalmente cláusulas que se habían declarado abusivas en procedimientos judiciales en los que sí había intervenido y alegado el consumidor– y permite al juez con carácter preventivo anticipar la tutela judicial y declarar, de oficio, la nulidad de una cláusula con las consecuencias procesales y materiales que dicha declaración conlleva. La primera de estas sentencias, la sentencia Océano Grupo Editorial, se refería a una cláusula de sumisión expresa a determinado fuero en contratos de adhesión, cláusula que determinaba que todos los procedimientos referidos a esos contratos –cientos– se tramitaran ante un mismo juzgado.

Fruto de esa sentencia la Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000, de 7 de enero) recogió esas facultades de oficio del juez, aunque únicamente en la determinación del fuero aplicable –artículo 58 de la Ley–; limitaba, por lo tanto la audacia a una cuestión puramente procesal, la de determinación de la competencia territorial en procedimientos en los que el fuero se fijara con carácter imperativo, de ahí que a partir de la puerta abierta por el asunto Océano fueran varios los juzgados y tribunales europeos los que indagaran acerca de la capacidad de actuación de oficio de los jueces civiles, es decir, indagaran acerca de los límites de la audacia.

Sirva como referencia una de las últimas preguntas recibidas en el Tribunal el pasado 23 de enero de 2012 desde un Tribunal extremeño:

Si un consumidor, tras no obtener la puesta en conformidad del bien –porque, pese a pedirla de forma reiterada, la reparación no ha sido llevada a cabo–, reclama judicialmente con carácter exclusivo la resolución del contrato y tal resolución no es precedente por estarse ante una falta de conformidad de escasa importancia, ¿puede el Tribunal reconocer de oficio al consumidor una reducción adecuada del precio?.

O la cuestión planteada por un Tribunal búlgaro a finales de 2011 sobre si: «¿Es discriminatorio que en los barrios habitados mayoritariamente por personas de un determinado grupo étnico, los contadores del consumo eléctrico estén instalados a una altura sustancialmente superior que en otros lugares?».

Siendo importantes las preguntas, que sin duda lo son, mucho más importantes son las respuestas que ha ido dando el tribunal a las cuestiones planteadas, respuestas que permiten establecer cuáles son los límites reales del derecho de consumo en el marco de la Unión Europea.

Es posible plantear tres trabajos de campo, tres supuestos prácticos en los que podemos examinar cuál es el actual estado de la cuestión, es decir, cuáles son las preocupaciones actuales de los jueces en esta materia:

a) Sentencia de 6 de septiembre de 2012. Asunto, *Mühlleitner*

El supuesto de hecho es muy habitual en el tráfico económico moderno, la Sra. Mühlleitner quiere comprarse un coche de segunda mano, ella es austriaca pero, para la compra del vehículo, consulta por medio de varias webs hasta dar con una empresa alemana que tiene en su catálogo un vehículo que se adapta a sus necesidades y preferencias. La Sra. contacta con la empresa alemana y finalmente se interesa por un vehículo distinto, de modo que aprovechando un viaje a Alemania firma el contrato de compraventa del vehículo y se lo lleva para Austria. Cuando llega a su ciudad descubre que el vehículo tiene graves defectos iniciando acciones judiciales en Austria contra el vendedor; el vendedor alega que como el contrato se firmó realmente en Alemania son los tribunales alemanes los competentes para conocer del asunto, lo que determina que la Sra. pierda el pleito en primera instancia; en segunda instancia se plantea la cuestión prejudicial referida a si este tipo de contratos en los que se toma conocimiento de la oferta por Internet pueden verse tutelados por el artículo 13, párrafo primero, número 3, del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por los convenios sucesivos relativos a la adhesión de los nuevos Estados miembros a dicho Convenio (en lo sucesivo, «Convenio de Bruselas»), que dispone lo siguiente:

En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada «el consumidor», la competencia quedará determinada por la presente Sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5: [...] 3. para cualquier otro contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías, si: a) la celebración del contrato hubiese sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad; y b) el consumidor hubiere realizado en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato.

Entiende el Tribunal de Justicia de Luxemburgo que en este tipo de contrato basta que el primer conocimiento se haya tenido a distancia para que pueda aplicarse la norma dado que procede responder a la cuestión planteada de que el artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que no exige que el contrato entre el consumidor y el profesional se haya celebrado a distancia.

b) Sentencia de 19 de julio de 2012, asunto ebookers.com, sobre contratación de billetes de avión por medio de portales de Internet

El supuesto de hecho es muy habitual: ebookers.com comercializa viajes aéreos a través de un portal de Internet que gestiona ella misma. Cuando un cliente selecciona un determinado vuelo en el marco de un proceso de reserva accesible a través de dicho portal, en el sitio de Internet de ebookers.com aparece, en la parte superior derecha y bajo el epígrafe «Coste actual de su viaje» («Ihre aktuellen Reisekosten»), un desglose de gastos. Dicho desglose contiene, junto a la tarifa aérea propiamente dicha, un importe correspondiente a «impuestos y tasas» («Steuern und Gebühren») y otra partida relativa a un «seguro de anulación» («Versicherung Rücktrittskostenschutz»). El total de esos gastos representa el «coste total del viaje» («Gesamtreisepreis»). En caso de reserva definitiva, el cliente debe realizar un pago único, correspondiente a dicho coste total del viaje, a ebookers.com, el cual procede a abonar el precio del billete a la compañía aérea y los gastos del seguro de anulación a la compañía de seguros, que es jurídica y económicamente independiente de la compañía aérea. Asimismo, ebookers.com cursa el pago de los impuestos y tasas a sus beneficiarios. Si el cliente no desea contratar el seguro de anulación, se le informa, en la parte inferior del sitio de Internet de ebookers.com, del procedimiento que debe seguir, que es una opción explícita de exclusión («opt-out»). El BVV considera que ese modo de comercialización de viajes aéreos es contrario al artículo 23, apartado 1, del Reglamento n.º 1008/2008 y exige que ebookers.com deje de prever, en el marco del procedimiento de reserva de vuelos establecido en su portal de Internet, la contratación por defecto de un seguro de anulación.

El Tribunal da la razón a la asociación de consumidores y considera que se debe impedir que el cliente de servicios aéreos se vea incitado, en el marco del proceso de reserva de un vuelo, a adquirir servicios complementarios al vuelo mismo, que no son inevitables e indispensables para las necesidades de ese vuelo, salvo que elija expresamente adquirir esos servicios complementarios y pagar el suplemento de precio que corresponde a éstos. Por lo tanto no puede incluir la contratación por defecto de este seguro.

c) Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito

Control de oficio por el juez de intereses abusivos en un juicio monitorio en el que se aplican al consumidor unos intereses moratorios del 29%. Esta sentencia tiene la gran virtud de sintetizar la práctica totalidad de la jurisprudencia sobre la materia:

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio examine de oficio *-in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición (ap. 38).

Para responder a esta cuestión, procede recordar de inmediato que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941, apartado 25; de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Rec. p. I-10421, apartado 25, y de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Rec. p. I-9579, apartado 29) (ap. 39).

Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 30; de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, Rec. p. I-0000, apartado 47, y de 15 de marzo de 2012, Pereni ová y Pereni, C-453/10, Rec. p. I-0000, apartado 28) (ap. 40).

Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (véanse las sentencias, antes citadas, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 27; Mostaza Claro, apartado 26; Asturcom Telecomunicaciones, apartado 31, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 48) (ap. 41).

Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véanse, en este sentido, las sentencias

Mostaza Claro, antes citada, apartado 38; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rec. p. I-4713, apartado 31; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 32, y VB Pénzügyi Lízing, antes citada, apartado 49) (ap. 42).

Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 32) (ap. 43).

A este respecto, al pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial presentada por un tribunal nacional en el marco de un procedimiento contradictorio iniciado a raíz de la oposición formulada por un consumidor contra una demanda en proceso monitorio, el Tribunal de Justicia declaró que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula (sentencia VB Pénzügyi Lízing, antes citada, apartado 56) (ap. 44).

No obstante, el caso de autos se distingue de los asuntos que dieron lugar a las sentencias Pannon GSM y VB Pénzügyi Lízing, antes citadas, por el hecho de que versa sobre la definición de las responsabilidades que, en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13, incumben al juez nacional, en el marco de un proceso monitorio, antes de que el consumidor haya formulado oposición (ap. 45).

A este respecto, procede declarar que, al no existir armonización de los mecanismos nacionales de cobro de créditos no impugnados, las normas de aplicación de los procesos monitorios nacionales corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, pero siempre que tales normas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38) (ap. 46).

En lo que atañe al principio de equivalencia, debe señalarse que el Tribunal de Justicia no cuenta con ningún elemento que suscite dudas en cuanto a la conformidad con dicho principio de la normativa controvertida en el litigio principal (ap. 47).

En efecto, consta en autos que el sistema procesal español no solo no permite al juez nacional que conoce de una demanda en un proceso monitorio examinar de oficio *–in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo, con arreglo al

artículo 6 de la Directiva 93/13, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, sino que tampoco le permite pronunciarse sobre si tal cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo cual incumbe verificar, no obstante, al tribunal nacional (ap. 48).

En lo que atañe al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales (véase la sentencia Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 39 y jurisprudencia citada) (ap. 49).

En el caso presente, de la documentación remitida al Tribunal de Justicia se deduce que, con arreglo al artículo 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el proceso monitorio se aplica en los supuestos de deudas vencidas, líquidas y exigibles cuyo importe no exceda de un valor límite, que se elevaba a 30.000 euros en la fecha de los hechos del litigio principal (ap. 50).

A fin de garantizar a los acreedores un acceso más fácil a la justicia y un desarrollo más rápido del procedimiento, ese mismo artículo se limita a exigir a aquéllos que adjunten a la demanda los documentos que acrediten la existencia de la deuda, sin obligarles a indicar con claridad el tipo de interés de demora, el período preciso de exigibilidad y el punto de referencia de ese mismo tipo en relación con el interés legal de Derecho interno o con el tipo del Banco Central Europeo (ap. 51).

De este modo, en virtud de los artículos 815, apartado 1, y 818, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia del juez nacional que conoce de una demanda en proceso monitorio se circunscribe a comprobar que concurren los requisitos formales para iniciar dicho procedimiento, en cuyo caso deberá dar curso favorable a la demanda y dictar un requerimiento de pago con carácter ejecutivo, sin poder examinar *–in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– la procedencia de la demanda a la luz de los datos de que disponga, salvo en caso de que el deudor se niegue a pagar la deuda o formule oposición dentro de un plazo de veinte días contados a partir de la fecha de la notificación del mencionado requerimiento de pago. El escrito de oposición deberá necesariamente ir firmado por abogado en los litigios que excedan de una determinada cuantía fijada por la ley, cuantía que, en la fecha de los hechos que dieron lugar al litigio principal, se elevaba a 900 euros (ap. 52).

Pues bien, en este contexto, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, que no permite 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 formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 35) (ap. 53).

En efecto, habida cuenta de la configuración general, desarrollo y peculiaridades del proceso monitorio, tal como se han descrito en los apartados 50 a 52 de la presente sentencia, existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen (ap. 54).

De este modo, bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 34) (ap. 55).

En tales condiciones, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos (ap. 56).

A la luz de las precedentes consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de 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 una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición (ap. 57).

Respecto de la posibilidad de limitar los intereses –el juez español en vez de aplicar el 29% de interés moratorio aplicó un 19%– el Tribunal Considera que:

Habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores –los cuales se encuentran

en una situación de inferioridad en relación con los profesionales–, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (ap. 68).

Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (ap. 69).

Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, Rec. p. I-4785, apartados 28 y 29, y Pereni ová et Pereni , antes citada, apartado 34) (ap. 70).

Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor (ap. 71).

A este respecto, incumbe al tribunal remitente determinar cuáles son las normas procesales nacionales aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2012, Dominguez, C-282/10, Rec. p. I-0000, apartado 27 y jurisprudencia citada) (ap. 72).

A la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (ap. 73).

La reivindicación de la audacia del derecho permite que una sentencia, la del caso Océano del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, pueda convertirse en uno de los motores narrativos de una novela: *De vidas Ajenas*, escrita por Emmanuele Carrere; en esa novela, en la que se cruza el tsunami de Sri Lanka con el activismo judicial de dos jueces de instancia de una capital de provincias francesa y con un cáncer demoledor sufrido por una madre de familia, la excusa de esa sentencia le permite afirmar a uno de los personajes que «cuanto más alta es la norma jurídica, tanto más generosa es y más cercana está a los grandes principios que inspiran el derecho con mayúscula».

La audacia del derecho permite, en definitiva, combinar películas de vaqueros, densas novelas francesas, directivas comunitarias y normas procesales. Todas estas cosas caben en el artículo 9.3 de la Constitución, un precepto que convendría leer cada mañana.