

PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, ACCESO A LA JUSTICIA Y CONTROL JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL JUICIO CAMBIARIO: A PROPÓSITO DE UN PRONUNCIAMIENTO RECIENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

«Effective protection of consumer rights, access to justice and» ex officio «judicial control of unfair contract terms in the Spanish "juicio cambiario": reflections on a recent judgment of the European Court of Justice»

ANTONIO MARTÍNEZ SANTOS

Profesor Contratado. Doctor de Derecho Procesal. Universidad Francisco de Vitoria

Revista Española de Derecho Europeo 71
Julio – Septiembre 2019
Págs. 103–124

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ASUNTO "PROFI CREDIT POLSKA". 1. *Las circunstancias del litigio principal y las cuestiones prejudiciales planteadas por el juez polaco.* 2. *La respuesta del Tribunal de Luxemburgo: las condiciones para el control judicial de las cláusulas abusivas y la tutela judicial efectiva del consumidor como límite a la autonomía procesal de los Estados miembros.* 2.1. *La disponibilidad de datos de hecho y de derecho como condición de posibilidad del control "ex officio" de las cláusulas abusivas.* 2.2. *La tutela judicial efectiva del consumidor como límite a la autonomía procesal de los Estados miembros.* III. LA SIGNIFICACIÓN ÚLTIMA DE LOS CRITERIOS EMPLEADOS POR EL TJUE. 1. *En general, sobre el acceso del consumidor a la justicia y el estándar del "riesgo no desdeñable".* 2. *En particular, sobre el impacto potencial de la jurisprudencia reciente del TJUE en el juicio cambiario español.* IV. CONCLUSIONES. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.



RESUMEN: En la Sentencia de 13 de septiembre de 2018 (TJCE 2018, 208) en el asunto C-176/17, "Profi Credit Polska", el TJUE abordó la compatibilidad del régimen polaco del procedimiento monitorio basado en pagarés emitidos en garantía de créditos al consumo con el Derecho europeo de los consumidores y, especialmente, con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su dimensión de "acceso a la justicia". Este trabajo analiza el potencial impacto de los criterios manejados por el Tribunal de Luxemburgo en el ordenamiento procesal civil español.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas– Directiva 93/13/CEE– Proceso civil– Autonomía procesal de los Estados miembros– Tutela judicial efectiva

ABSTRACT: In the Profi Credit Polska judgment (C-176/17), the CJEU addressed the question of whether the Polish order-for-payment procedure, when founded on a promissory note that secures obligations arising from a consumer credit agreement, complies with EU Consumer Law and, specifically, with the right to effective judicial protection enshrined in article 47 of the European Charter of Fundamental Rights, in its "access to justice" dimension. This paper analyses the potential impact of the Luxembourg Court's decision on the Spanish civil justice system.

KEYWORDS: Unfair contract terms– Directive 93/13/EEC– Civil procedure– Procedural autonomy of the Member States– Effective judicial protection

Fecha de recepción: 16-5-2019

Fecha de aceptación: 13-6-2019

I. INTRODUCCIÓN¹

Es un hecho notorio que, en la última década, hemos asistido en Europa a una intensificación muy notable de la actividad del TJUE en materia procesal civil, referida principalmente a la tutela de los derechos de los consumidores y, muy especialmente, a la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 (la "Directiva de las cláusulas abusivas"). De esta Directiva se ha podido decir que es como "la bella durmiente que ha empezado a despertar"²; y se ha hablado de una cierta "procedimentalización" de sus disposiciones, no por imprevista menos deseable³.

1. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales" (Ref. DER 2016-75567-R), dentro de la Red Temática de Excelencia "Justicia Civil: Análisis y Prospectiva" (DER 2016-81752-REDT), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad. El autor es además miembro y coordinador del Grupo Estable de Investigación "Tendencias Actuales de la Justicia Europea" de la Universidad Francisco de Vitoria. Presenté una síntesis de sus conclusiones en una ponencia titulada "El control de oficio de las cláusulas abusivas en el juicio cambiario", que fue expuesta en el IV Encuentro de Jurisprudencia Europea organizado por el *Spanish Hub del European Law Institute* (Elche, 9 de mayo de 2019). Vaya por delante mi agradecimiento a todas las personas que participaron en la discusión, por las valiosas sugerencias y los comentarios recibidos.
2. Cf. MICKLITZ, H. W. y REICH, N., "The Court and the Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)", en: *Common Market Law Review*, 51-2014, pp. 771-808.
3. Cf. DELLA NEGRA, F., "The Uncertain Development of the Case Law on Consumer Protection in Mortgage Enforcement Proceedings: *Sánchez Morcillo* and *Kusionova*", en: *Common Market Law Review*, 52-2015, pp. 1009-1032.

De hecho, su virtualidad transformadora se ha revelado extraordinariamente fecunda en el plano procesal: puede afirmarse sin ningún reparo que ha servido de palanca al TJUE para redefinir los límites de la llamada "autonomía procesal" en lo que atañe a la justicia civil; y, de esta forma, influir de manera determinante en las leyes procesales internas de los Estados miembros de la Unión.

Por ceñirnos al caso español, el fruto principal de este estado de cosas es que el control del TJUE se ha ido extendiendo poco a poco a un buen número de procedimientos civiles que, de una manera o de otra, se refieren a situaciones en las que están implicados derechos de los consumidores: las acciones colectivas de cesación, el juicio monitorio, la ejecución hipotecaria o las medidas cautelares⁴. A juzgar por algunas de las últimas resoluciones del Tribunal de Luxemburgo, parece que es solamente cuestión de tiempo que ese control se proyecte también sobre la actual regulación del juicio cambiario en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵.

De ahí el interés que reviste la sentencia que es objeto de estudio en este trabajo⁶: aunque no resuelve una cuestión prejudicial planteada por un juez español, la normativa procesal nacional sobre la que se pronuncia presenta importantes analogías con el régimen legal de nuestro juicio cambiario. No resulta ilógico ni desatinado, por tanto, ensayar una traslación a ese procedimiento de las consideraciones efectuadas y los criterios manejados por el TJUE a la hora de dar respuesta a la cuestión prejudicial que se le planteó en este asunto, con el objetivo de extraer las consecuencias pertinentes para nuestro Derecho.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ASUNTO "PROFI CREDIT POLSKA"

1. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL LITIGIO PRINCIPAL Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR EL JUEZ POLACO

La entidad Profi Credit Polska, en calidad de prestamista, celebró un contrato de crédito al consumo con un consumidor, el sr. Wawrzosek. Se trataba

4. Al respecto, *vid.* SERRANO MASIP, M., "Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso civil interno", en: *Revista de Estudios Europeos*, 68-2016, pp. 5-32; y también AGUILERA MORALES, M., "TJUE, proceso civil y tutela del consumidor: repaso de un año que termina y previsiones en torno a otro que comienza", en: *Revista General de Derecho Procesal*, 44-2018.

5. Y no solo al juicio cambiario: es de esperar que, antes o después, se extienda también al régimen de los recursos; habida cuenta de los pronunciamientos recaídos en las sentencias del TJUE relativas a los asuntos C-397/11, *Erika Jörös c. Aegon Magyarország Hitel y C-488/11, Asbeek Brusse y de Man Garabito c. Jahani BV*, ambas de 30 de mayo de 2013. Sobre este punto, *vid.* 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, 2019.

6. *Se trata concretamente de la STJUE de 13 de septiembre de 2018, asunto C-176/17, Profi Credit Polska c. Mariusz Wawrzosek.*

de un contrato-tipo con un clausulado predispuesto, entre cuyas estipulaciones figuraba una que obligaba al prestatario, en el momento de celebración del contrato, a firmar un pagaré en blanco, que había de servir de garantía a la entidad financiera en caso de impago. Producido éste, Profi Credit completó el pagaré con la cantidad total pendiente de abono e incoó un procedimiento monitorio contra el consumidor deudor.

Sucede que, a efectos de decidir sobre la admisibilidad de una solicitud de proceso monitorio basada en un título cambiario, como puede ser el pagaré, la ley procesal polaca solo permite al juez examinar, en un primer momento, la regularidad formal del título. Conforme al criterio tradicional en lo que a las reclamaciones cambiarias se refiere, el tribunal no puede entrar a valorar *in limine litis* ningún aspecto de la relación subyacente a su emisión; ni siquiera aun cuando, como en el supuesto planteado por el juez polaco, conozca sobradamente los términos en que suele producirse la misma por razón de su notoriedad (por ejemplo, por venir siendo empleados con habitualidad por la parte acreedora en sus relaciones con los consumidores); y los considere merecedores de un control con arreglo a la normativa europea en materia de consumo. Es únicamente después, y con ocasión de la oposición que pueda formular el deudor frente al requerimiento de pago, que el tribunal tiene oportunidad de examinar el posible carácter abusivo de las cláusulas del contrato de crédito y analizar, entre otros extremos, el posible incumplimiento por parte del acreedor de sus deberes de información precontractual.

Así las cosas, el tribunal polaco vino a preguntar al TJUE si resulta contraria a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 y a los artículos 17 y 22 de la Directiva 2008/48 una normativa procesal nacional que, en un proceso monitorio incoado contra un consumidor sobre la base de un pagaré formalmente regular, impide examinar de oficio, mientras no haya oposición expresa de aquél, las circunstancias relevantes de la relación contractual de la que derivó la emisión del título en cuestión.

2. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO: LAS CONDICIONES PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL CONSUMIDOR COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA PROCESAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La sentencia del asunto *Profi Credit* descarta de plano la aplicabilidad de la Directiva 2008/48, por dos motivos diferentes: primero, porque no hubo cesión del pagaré a terceros, sino que era la propia entidad prestamista quien presentaba la reclamación cambiaria (lo que excluiría la aplicación del artículo 17); y, segundo, porque los pagarés librados como garantía del crédito al consumo no entran dentro del ámbito material de aplicación de la Directiva, que no quiso acometer una armonización de legislaciones en relación con esta

concreta clase de títulos (de modo que su artículo 22 tampoco se habría visto infringido).

Esto sentado, el TJUE entró a analizar la compatibilidad del régimen procesal controvertido con las disposiciones de la Directiva 93/13. Y lo hizo empleando dos prismas diferentes: uno para la fase inicial del monitorio, previa al requerimiento de pago; consistente en aplicar la jurisprudencia sobre los deberes *ex officio* del juez en relación con las cláusulas abusivas. Y otro para la segunda fase, o fase declarativa, una vez formulada oposición por parte del deudor cambiario; consistente en el control del respeto a los límites de la autonomía procesal nacional en la configuración de los trámites para hacer efectivos los derechos reconocidos por el ordenamiento de la Unión.

2.1. La disponibilidad de datos de hecho y de derecho como condición de posibilidad del control "ex officio" de las cláusulas abusivas

En relación con el primer punto, el Tribunal empieza recordando el criterio jurisprudencial reiterado a lo largo de los últimos años, según el cual los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 imponen al juez nacional, en tanto que autoridad estatal, la obligación de inaplicar de oficio las cláusulas abusivas que pueda detectar, a fin de que el consumidor no se vea vinculado por ellas; y de hacerlo además en su totalidad: no cabe corregir o rectificar discrecionalmente las cláusulas abusivas para hacerlas admisibles, ya que de lo contrario el empresario perdería un poderoso incentivo para redactar el clausulado del contrato de manera acorde con lo que demanda la legislación europea en materia de consumo⁷. Ahora bien, para ello es necesario que el juez disponga de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para efectuar su control; lo cual requiere, lógicamente, que esos elementos se hayan introducido de alguna forma en el trámite o procedimiento de que esté conociendo⁸. Esta exigencia se extiende también al proceso monitorio: la necesaria efectividad de la Directiva

7. "Al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir 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". STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo y otros*, § 60. Ya antes, el Tribunal se había expresado en el mismo sentido en la STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito c. Joaquín Calderón Camino*, §§ 69-71; y en la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank*, § 79; así como en la STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C482/13, C484/13, C485/13 y C487/13, *Unicaja Banco y Caixabank*, §§ 31 y 32.

8. "Debe indicarse que, si bien según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia el juez nacional deberá 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 exista entre el consumidor y el profesional, solo puede hacerlo si dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto". STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit*, § 42.

obliga a los Estados miembros a prever que, en algún momento del proceso (o de la ejecución que pueda resultar del mismo⁹), sea posible fiscalizar las cláusulas incluidas en el contrato del que derive la reclamación¹⁰.

El TJUE observa a continuación que, en un supuesto como el planteado en el asunto *Profi Credit*, el juez que conoce de la fase inicial del monitorio no dispone de los mínimos elementos de hecho y de derecho que resultarían necesarios para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas del contrato subyacente a la emisión del pagaré; de manera que, a primera vista, el control de oficio de este extremo resulta imposible antes de requerir de pago al deudor cambiario. Ciertamente, la ley procesal polaca prevé la posibilidad de que el juez convoque a las partes a una comparecencia oral si tiene dudas en cuanto a la procedencia del requerimiento de pago; comparecencia en la que, además, se pueden plantear cuestiones relativas a la relación subyacente a la expedición del título. Sin embargo, no era ese el supuesto planteado a través de la cuestión prejudicial, pues el pagaré era formalmente correcto, y el requerimiento de pago manifiestamente procedente.

En definitiva: de conformidad con la legislación procesal polaca, cuando la reclamación cambiaria se funde en un título formalmente regular, el juez del monitorio sólo tendrá a su disposición los elementos de hecho y de derecho necesarios para comprobar la validez de las cláusulas del contrato de crédito al consumo si el sujeto requerido llega a formular oposición al requerimiento de pago. Resulta obvio, entonces, que el control de oficio impuesto por la jurisprudencia que interpreta los artículos 6 y 7 de la Directiva no es posible en el momento de examinar la solicitud inicial del acreedor cambiario. Ahora bien, del itinerario lógico seguido por el Tribunal para dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Profi Credit* se desprende que, por sí sola, esta circunstancia no significa necesariamente que la legislación nacional deba reputarse ya sin más incompatible con el Derecho de la Unión; pues esa apreciación exige un análisis más detenido del procedimiento y de las condiciones en las que tiene lugar. De hecho, a renglón seguido el TJUE se lanzó a comprobar si, pese a todo, se respetaban los límites al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, concretados en el principio de equivalencia, por un lado, y el derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores potencialmente afectados por el uso de cláusulas abusivas, por el otro.

9. Cf. la STJUE 20 de septiembre de 2018, asunto C-448/17, *EOS KSI Slovensko c. Danko y Danková*, §§ 45-46.

10. "Una protección efectiva de los derechos que esta Directiva confiere a los consumidores solo puede garantizarse en caso de que el sistema procesal nacional permita, en el marco del proceso monitorio o en el del procedimiento de ejecución del requerimiento de pago, un control de oficio del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de que se trate". STJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit*, § 44.

2.2. La tutela judicial efectiva del consumidor como límite a la autonomía procesal de los Estados miembros

En efecto, siguiendo las conclusiones de la Abogada General, el Tribunal de Luxemburgo se planteó la pregunta de si acaso una valoración global del procedimiento controvertido no arrojaría una respuesta diferente a la que, en una primera aproximación, parecía conducir la cuestión prejudicial formulada por el juez nacional. De esta forma, extendió su examen también a la segunda fase del proceso monitorio, es decir, a la que tiene lugar una vez librado el requerimiento de pago. Al hacerlo, partió una vez más de la base de la autonomía procesal nacional: como los procedimientos para el examen del posible carácter abusivo de cláusulas incorporadas a contratos celebrados con consumidores no están armonizados a nivel europeo, corresponde a los ordenamientos internos establecerlos y desarrollarlos; con respeto, en todo caso, a los principios de equivalencia y tutela judicial efectiva.

Dado que, en el supuesto planteado por el tribunal polaco, no había motivos para poner en tela de juicio la compatibilidad de la legislación procesal controvertida con el principio de equivalencia, el Tribunal se centró exclusivamente en el análisis de las exigencias que, según su criterio, derivarían del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Y ello con la siguiente premisa de partida: si el Derecho interno no contempla la posibilidad real de que, llegado el caso y el momento, pueda darse un control eficaz, por parte de una autoridad nacional, del potencial carácter abusivo de alguno de los términos del contrato celebrado con el consumidor, los derechos reconocidos en el ordenamiento de la Unión (en este caso, en la Directiva 93/13) no estarán suficientemente garantizados en el Estado miembro de que se trate¹¹.

Desde luego, la autonomía procesal nacional implica que tal control público puede articularse de modos sumamente diversos y revestir muy diferentes formas. Así, por pura hipótesis, podría consistir en un control administrativo previo o subsiguiente a la celebración del contrato, o en un control judicial *ex post* efectuado con ocasión del surgimiento de una controversia (de ordinario, la reclamación del profesional o empresario). E, incluso, en ambas cosas a la vez¹². Ahora bien, a tenor de la jurisprudencia más reciente del TJUE, sea cual

11. SSTJUE de 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit*, § 62; y de 7 de diciembre de 2017, asunto C-598/15, *Banco Santander c. Cristobalina Sánchez*, § 46.

12. Cf. TRÄGER, M., "Party Autonomy and Social Justice in Member States and EC Regulation: A Survey of Theory and Practice", en: COLLINS, H. (ed.), *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008, pp. 64-65. La Directiva 93/13 no predetermina una solución concreta en cuanto a la manera de proteger o tutelar los derechos por ella reconocidos, sino que adopta más bien una aproximación de corte funcional, respetuosa con el principio de subsidiariedad y con la diversidad de sistemas jurídicos dentro de la Unión (cf., por ejemplo, el artículo 7.2).

sea la naturaleza de control por la que finalmente se opte, tratándose (como en efecto se trata) de situaciones amparadas por el ordenamiento de la Unión, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE impone ciertos condicionantes mínimos que no cabe obviar. Importa advertir, dicho sea de paso, que aunque el Tribunal no lo dice expresamente, se está refiriendo solamente a una de las vertientes de ese derecho: la que consiste en asegurar al justiciable –en nuestro caso, al consumidor; aunque por supuesto también al profesional– el acceso a la jurisdicción sin trabas u obstáculos indebidos.

En líneas generales, esos condicionantes básicos o mínimos serían dos¹³: por un lado, la designación legal de tribunales competentes para conocer de peticiones fundadas en la normativa europea sobre cláusulas abusivas incorporadas a contratos celebrados con consumidores. Por otro lado, una "definición de la regulación procesal" aplicable a esas peticiones: en el fondo, un cauce procedimental para darles curso, que no tiene por qué ser necesariamente un procedimiento *ad hoc*; sino que bien puede ser cualquiera de los procedimientos o trámites ya existentes en el ordenamiento interno. Puede tratarse, por ejemplo, de un recurso ordinario, o de un incidente de oposición. Ahora bien, su mera existencia no basta. Es necesario, además, que las condiciones para su utilización no obstruyan de manera indebida el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en la Directiva 93/13.

En efecto, según el TJUE el del artículo 47 CDFUE no es un derecho absoluto, sino que puede conocer limitaciones o restricciones: las legislaciones internas pueden legítimamente imponer requisitos procesales específicos a las pretensiones basadas en el Derecho de la Unión¹⁴.

Ahora bien, existen dos límites insalvables: uno, que esos requisitos no hagan de peor condición a las pretensiones basadas en el Derecho de la Unión que a las fundamentadas en el Derecho nacional (esto es, que se respete el llamado "principio de equivalencia"); y dos, es preciso que los requisitos establecidos en cada caso sean razonables y proporcionados. Desde este segundo punto de vista, según lo expresa el TJUE (que sigue aquí las conclusiones de

13. "La obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas implica una exigencia de tutela judicial, consagrada asimismo en el artículo 47 de la Carta, que el juez nacional debe observar (...) Esta tutela judicial ha de extenderse tanto a la designación de los tribunales competentes para conocer de las demandas basadas en el Derecho de la Unión, como a la definición de la regulación procesal de tales demandas". STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C169/14, *Sánchez Morcillo y Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, § 35. En el mismo sentido, cf. la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/16, *Sziber c. ERSTE Bank Hungary*, § 49.

14. En alguna ocasión, la traducción oficial española de las resoluciones del Tribunal se ha referido a estos requisitos como "obligaciones" o "deberes"; pero es evidente que, en rigor, se trata de simples cargas procesales. La inexactitud se aprecia claramente, por ejemplo, en la STJUE de 31 de mayo de 2018, *Sziber*, § 52.

la Abogada General), serán inaceptables aquellas condiciones procesales que generen un "riesgo no desdeñable" de que el consumidor deje de utilizar el mecanismo previsto para la defensa de los derechos que le reconoce el ordenamiento comunitario.

Trasladando estas consideraciones a la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Profi Credit*, el Tribunal llegó a la conclusión de que las condiciones impuestas por la legislación procesal polaca para oponerse al requerimiento de pago del monitorio eran excesivamente restrictivas y que, por consiguiente, resultaban efectivamente incompatibles con el artículo 7.1 de la Directiva 93/13. Por un lado, el consumidor disponía de un plazo relativamente corto de dos semanas para plantear su escrito, en el que debía precisar los motivos de oposición y, en su caso, las excepciones frente a la reclamación cambiaria; además de efectuar las correspondientes alegaciones de hecho y proponer también en ese momento la prueba relativa a los hechos alegados. Por otro lado, la oposición al monitorio conllevaba la obligación de abonar las tres cuartas partes del importe de la tasa judicial exigible, mientras que la reclamación inicial del acreedor estaba gravada solamente con una cuarta parte de la misma, produciéndose un desequilibrio patente en las posiciones respectivas de uno y otro.

En definitiva, el Tribunal juzgó que, en semejantes circunstancias, existía un "riesgo no desdeñable" de que el consumidor no formulase oposición o de que la oposición formulada resultase a la postre inadmisibile, y ello por varias razones: primero porque, como se acaba de decir, el plazo legal concedido al consumidor para evacuar el trámite de oposición era demasiado breve; segundo, porque la tasa podía tener un efecto penalizador y disuasorio en cuanto al ejercicio de las pretensiones por ella gravadas; tercero, porque era posible que el consumidor desconociese el verdadero alcance de los derechos que le correspondían conforme a la Directiva 93/13; y cuarto, porque, dado el contenido limitado de la reclamación que da comienzo al monitorio, la información disponible para el consumidor en el momento de decidir acerca de si se oponía al requerimiento de pago resultaba incompleta e insuficiente desde el punto de vista del ejercicio de esos derechos¹⁵.

Con posterioridad a la sentencia del asunto *Profi Credit Polska*, el TJUE ha reiterado en al menos una ocasión su decisión sobre la incompatibilidad del procedimiento monitorio polaco con las exigencias de la Directiva de las cláusulas abusivas. Lo hizo concretamente en el Auto de 28 de noviembre de 2018, recaído en el asunto *PKO Bank*¹⁶. Esta segunda resolución se refirió a un

15. Conviene reparar en que, en esencia, son los mismos argumentos que en su día utilizó el TJUE en relación con el proceso monitorio español. Cf. las SSTJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, § 54; y de 18 de febrero de 2016, asunto C-49/14, *Finanmadrid EFC c. Jesús Vicente Albán Zambrano y otros*, § 52.

16. Auto del TJUE de 28 de noviembre de 2018, asunto C632/17, *PKO Bank Polski c. Jacek Michalski*.

supuesto en el que la petición de requerimiento de pago se efectuaba sobre la base no de un pagaré, sino de un extracto contable derivado de un contrato de tarjeta de crédito, que había sido presentado por un banco junto con la solicitud del monitorio conforme a una práctica frecuente en Polonia. En ella, el TJUE volvió a constatar que la regulación polaca del procedimiento monitorio entraña la existencia de un "riesgo no desdeñable" de inutilización a efectos prácticos del trámite de oposición al requerimiento; y, por esa razón, se pronunció de nuevo en el sentido de declararla incompatible con el artículo 7.1 de la Directiva 93/13.

III. LA SIGNIFICACIÓN ÚLTIMA DE LOS CRITERIOS EMPLEADOS POR EL TJUE

1. EN GENERAL, SOBRE EL ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA Y EL ESTÁNDAR DEL "RIESGO NO DESDEÑABLE"

Como se habrá comprobado ya a estas alturas, la sentencia del asunto *Profi Credit* no inventa nada nuevo. Todos los criterios que maneja están ya precontenidos de un modo u otro en la jurisprudencia anterior: el control judicial *ex officio*¹⁷, la necesidad de que el juez tenga a su disposición los elementos fácticos y jurídicos precisos para enjuiciar el clausulado del contrato¹⁸, los límites a la "autonomía procesal" de los Estados miembros¹⁹, el examen de conjunto del procedimiento²⁰, el estándar del "riesgo no desde-

-
17. La jurisprudencia de Luxemburgo sobre el control de oficio es muy abundante (y ha conocido notables modulaciones a lo largo del tiempo). Valgan como muestra las siguientes resoluciones: STJUE de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, *Océano Grupo y Salvat Editores*, §§ 26, 29 y 31; STJUE de 21 de noviembre de 2002, asunto C-473/00, *Cofidis c. Fredout*, §§ 32-36; STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenio*, §§ 27, 28 y 38; STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones c. Rodríguez Nogueira* §§ 32, 49 y 53-55; y STJUE, de 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing c. Ferenc Schneider*, §§ 49 y 56.
18. STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, *Pannon GSM c. Erzsébet Sustikné Györfi*, § 32; STJUE de 1 de octubre de 2015, asunto C-32/14, *ERSTE Bank Hungary c. Attila Sugár*, § 41; STJUE de 21 de abril de 2016, asunto C-377/14, *Radlinger y Radlingerová c. Finway*, § 52; STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo y otros*, § 58; y STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, *OTP Bank y OTP Factoring c. Ilyés y Kiss*, §§ 90-91 (esta última posterior a *Profi Credit*). Por su parte, en las SSTJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* y 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid*; así como en el Auto del TJUE de 21 de junio de 2016, asunto C-122/14, *Aktiv Kapital Portfolio c. Angel Luis Egea Torregrosa*, se declara de forma explícita que este principio ha de ser aplicado también en el ámbito del proceso monitorio.
19. La jurisprudencia (y la bibliografía) sobre los principios de equivalencia y efectividad como límites a la llamada "autonomía procesal" de los Estados miembros es prácticamente inabarcable en un trabajo de estas características. Baste a estos efectos recordar que, como se sabe, sus orígenes se encuentran en las sentencias de los asuntos C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz* (§ 5) y C-45/76, *Comet* (§ 13); ambas de 16 de diciembre de 1976.
20. STJUE de 14 de diciembre de 1995, asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, *van Schi-*

ñable"²¹... Lo más novedoso es, si acaso, el arrinconamiento del principio de efectividad y su sustitución por un examen de compatibilidad con la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia, en un movimiento que vendría a resolverse en una especie de "constitucionalización" a nivel europeo del segundo de los límites a la autonomía procesal estatal, en tanto que exigencia que debiera considerarse derivada de un derecho fundamental de contenido procesal (en nuestro caso, como digo, el derecho de acceso a la justicia), que tiene obligada proyección en todas las situaciones donde tiene aplicación el Derecho de la Unión (cf. el artículo 51.1 CDFUE). Pero incluso esa pauta está presente también ya en alguna resolución anterior del Tribunal (por ejemplo, en la sentencia del asunto *Sziber*²²). Por lo tanto, no se puede decir que el asunto *Profi Credit* haya dado lugar al alumbramiento de principios o criterios nuevos: se trata más bien de la aplicación de criterios ya existentes a una situación que hasta ahora no se había planteado.

Por otro lado, la decisión es razonable: vistas las cosas desde la perspectiva del TJUE, está claro que es de una importa vital evitar a toda costa que un prestador de servicios (profesional, empresario o entidad de crédito) se aproveche de las particularidades técnicas de un determinado procedimiento (en este caso, una modalidad del monitorio) para quedar exento de cualquier género de control y burlar así *de facto* la eficacia de las disposiciones del Derecho de la Unión en lo que se refiere a la protección del consumidor; cerce-

ndel y van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, § 19; STJUE de 14 de diciembre de 1995, asunto C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout y Cie c. Bélgica*, § 14; STJUE de 7 de junio de 2007, asuntos acumulados C-222 a 225/05, *van der Weerd y otros c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, § 33; STJUE de 6 de octubre de 2009, *Asturcom*, § 39; STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, § 49; STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, *Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya*, § 53; STJUE de 5 de diciembre de 2014, asunto C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León c. Anuntis Segundamano*, § 34; STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, *Kušionová c. SMART Capital*, §§ 52 y 53; y STJUE de 21 de abril de 2016, *Radlinger y Radlingerová*, § 50.

21. STJUE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo*, § 26; STJUE de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis*, § 33; STJUE de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, § 28; Auto del TJUE de 16 de noviembre de 2010, asunto C-76/10, *Pohotovost c. Korčkovská*, § 42; STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, § 54; STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz* § 58; STJUE de 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid*, § 52; STJUE de 17 de mayo de 2018, asunto C-147/16, *Karel de Grote c. Kuijpers*, § 31; y, ya después de *Profi Credit*, la STJUE 20 de septiembre de 2018, *EOS KSI Slovensko*, §§ 46 y 53.
22. "En principio, el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual (...) Corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales procedimientos, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que los que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que garanticen una tutela judicial efectiva, como se establece en el artículo 47 de la Carta". STJUE de 31 de mayo de 2018, *Sziber*, § 35. Posteriormente (ya después de *Profi Credit*) el Tribunal se ha vuelto a pronunciar en la misma línea en la STJUE de 3 de abril de 2019, asunto C-266/18, *Aqua Med c. Skóra*, § 47.

nando las opciones que este último debería tener abiertas, con arreglo a esas mismas disposiciones, para recabar de los tribunales la tutela de su posición. Y lo cierto es que de esto se trata, precisamente, cuando un banco hace firmar un pagaré en blanco a un consumidor prestatario en garantía de un crédito al consumo: el pagaré no se emite con la intención primera de hacerlo circular; sino para abaratar costes (generalmente notariales) y, por encima de todo, para procurarse el banco una vía rápida y privilegiada de cobro en caso de impago. En este sentido, no está de más recordar que, por lo general, el consumidor es un particular ajeno al giro cambiario; que, a menos que alguien le proporcione de una manera transparente, clara y comprensible la información oportuna, no tiene por qué ser plenamente consciente de las implicaciones que puede acabar teniendo para él la emisión de una declaración cambiaria (ni tampoco, por ejemplo, de la posibilidad de librar el título con una cláusula "no a la orden", etc.).

Descendiendo un poco más al detalle, de la sentencia del asunto *Profi Credit* se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primero, que, pese a lo que se acaba de decir, el Derecho de la Unión no excluye el establecimiento de cauces procesales privilegiados para la tutela rápida del crédito en materia de consumo; ni siquiera cuando se está ante créditos documentados en títulos cambiarios generados en el marco de una relación que cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (o como consecuencia de ella). Ahora bien, en estos casos, cuando se pretenda hacerlos eficaces frente al consumidor, el procedimiento debe construirse y articularse legalmente de manera que permita en algún momento un control judicial completo del clausulado del contrato del que su emisión trae causa (con los matices que se explican a continuación).

Segundo, que no hay ningún impedimento de carácter general para que ese control judicial de las cláusulas abusivas exigido por la jurisprudencia del TJUE se ejerza con ocasión de un incidente planteado por el consumidor (o, incluso, en sede ya de ejecución). Como antes se vio, los dos condicionantes básicos o mínimos a este respecto son la designación legal de un tribunal competente y la definición o habilitación de un cauce procedimental para la fiscalización judicial de la validez de las cláusulas; pero este último no tiene por qué consistir forzosamente en un procedimiento *ad hoc*, específico para la tutela de los concretos derechos reconocidos en las disposiciones europeas, sino que bien puede tratarse de uno de los trámites ya existentes en el Derecho procesal interno.

Tercero, que tampoco es indispensable que el control judicial se produzca *in limine litis*: el TJUE parte de la premisa fundamental de que, para que ese control se pueda (y se deba) dar, el juez tiene que saber que está ante una relación de consumo y, además, disponer de los datos de hecho y de dere-

cho necesarios para realizarlo. Por otro lado, la protección que dispensa la Directiva 93/13 es renunciable: si el consumidor, consciente del carácter no vinculante de una determinada cláusula, quiere pese a todo verse vinculado por ella, debe respetarse su voluntad²³. Por consiguiente, nada obliga a los Estados miembros a prever en *todos* los procedimientos civiles internos, sean de la clase que sean, un control judicial directo en el momento inicial de las actuaciones; sino solo en aquellos en los que el juez cuente ya en ese momento con los elementos fácticos y jurídicos necesarios para la tarea (lo cual presupone, como es lógico, que se hayan recibido de alguna forma en el proceso)²⁴. Del mismo modo, tampoco hay obligación de contemplar en todos los casos una suerte indagación judicial de corte netamente inquisitivo, que hubiera de practicarse prescindiendo del principio de audiencia y de la posición adoptada por las partes²⁵.

Esto tiene una importancia capital, y es fácil que se pierda de vista ante la pluralidad de factores en juego: aunque el TJUE argumente en términos de "control de oficio", lo que quiere decir en rigor es que, en el marco de cualquier proceso civil que tenga por objeto una relación comercial a la que sea de

23. *"El papel que el Derecho comunitario atribuye (...) al juez nacional (...) 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 (...) A la hora de cumplir la mencionada obligación, sin embargo, 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"*. STJUE de 4 de junio de 2009, *Pannon*, §§ 32-33.
24. Por eso se ha podido afirmar que, tan pronto como el juez dispone de los elementos de hecho y de derecho necesarios, *"el control de oficio, y la consiguiente inaplicación por el juez de la cláusula abusiva, aproxima su tratamiento procesal al propio de los presupuestos procesales, aunque no se identifique plenamente con él"*. SENÉS MOTILLA, C., "Tratamiento de las cláusulas abusivas en el juicio cambiario", en: *Revista General de Derecho Procesal*, 42-2017, pp. 13-14.
25. Hasta la fecha, solamente en una ocasión, la de la STJUE de 9 de noviembre de 2010, *Pénzügyi Lízing*, ha considerado el Tribunal que existía obligación de llevar a cabo una investigación de oficio en ausencia de los elementos de hecho y de derecho necesarios para enjuiciar el clausulado del contrato; investigación que, en aquel supuesto, había de referirse en primer término a la posible concurrencia de las condiciones de aplicabilidad de la Directiva 93/13. Pero se trató de un caso muy particular: una demanda relativa a un contrato que contenía una cláusula de sumisión expresa presumiblemente abusiva; la cual, sin haber sido negociada individualmente, atribuía competencia territorial a los tribunales de una circunscripción próxima al domicilio social de la entidad demandante. El TJUE fundamentó su decisión en la dificultad y el coste añadidos que, en un supuesto semejante, supondría para el consumidor demandado el hecho de arrojar sobre él la carga de comparecer en un proceso iniciado lejos de su domicilio, solamente para poder ejercitar sus derechos con arreglo a la Directiva; y entendió justificado que, en tales circunstancias, el esfuerzo del consumidor fuera suplido por el juez. Debe advertirse que la traducción oficial en lengua española de esta resolución no es muy acertada, pues traduce la expresión *"prendre d'office des mesures d'instruction"* (en inglés, *"investigate of its own motion"*) por la de *"acordar de oficio diligencias de prueba"*, que puede inducir a confusión.

aplicación la Directiva de las cláusulas abusivas, y en el que el juez no tenga a su alcance los elementos fácticos y jurídicos necesarios para practicar un control directo del clausulado del contrato por iniciativa propia, las partes deben tener reconocida al menos (y reconocida *de manera operativamente viable*) la posibilidad de brindarle la ocasión de efectuarlo, proporcionándole los datos que precise para esa labor. Y que, de producirse finalmente, el control judicial del clausulado no ha de quedar limitado ni circunscrito a las alegaciones que, al respecto, pueda haber hecho la parte; pues, al tomar conocimiento del contenido del contrato, el juez puede introducir en el debate (y someter a la contradicción de los litigantes²⁶) objeciones o reparos no invocados por el consumidor. De ahí el apellido "de oficio"; que, en este concreto contexto, resulte tal vez un tanto equívoco. En ningún caso se quiere decir que el legislador nacional tenga forzosamente que ordenar todos los procesos imaginables de manera que el juez esté facultado para iniciar una investigación sobre el carácter abusivo de una cláusula por iniciativa propia en cualquier momento, incluso una vez precluidos los trámites de alegación y con independencia de si cuenta con la información necesaria o de si, por el contrario, actúa movido por una mera sospecha o una corazonada. Por pura hipótesis, la ley procesal interna podría disponerlo así (cf. el artículo 8 de la Directiva), pero el Derecho de la Unión no le obliga a hacerlo. Y, desde luego, en caso de optarse a nivel interno por esta vía (que no parece, con todo, la más recomendable), el trámite debe articularse de forma que estén siempre garantizados el principio de audiencia y el derecho de defensa (en su doble vertiente de alegación y prueba) de todas las partes²⁷.

Cuarto, que los ordenamientos estatales pueden legítimamente imponer requisitos o condiciones en orden a la admisibilidad del trámite que se establezca para que el consumidor haga valer (o el tribunal de oficio aplique) los derechos que se le reconocen en el ordenamiento de la Unión; siempre y cuando esos requisitos no sean más gravosos que los que existen a nivel interno para la formulación de pretensiones semejantes o análogas, ni tampoco difi-

26. "En el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado –sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba [mesures d'instruction, measures of inquiry] que haya acordado de oficio a tal efecto– que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales". STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, *Banif Plus Bank c. Csipai*, §§ 29-31.

27. No puede decirse, en consecuencia, que la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 93/13 deba conllevar necesariamente una transformación de nuestro proceso civil en el plano de los principios. *Vid.* al respecto las certeras consideraciones de ARMENGOT VI-LAPLANA, A., "La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil", en: *Revista General de Derecho Procesal*, 44-2018.

culden o entorpezcan de forma indebida el acceso del consumidor a la justicia para una efectiva protección de esos derechos.

Y quinto, que, para valorar este último extremo, es necesario hacer un examen de conjunto de las circunstancias reales con las que se encuentra el consumidor a la hora de ver tutelados esos derechos. Aquí el TJUE no atiende a la intencionalidad del legislador sino, por así decir, al resultado práctico, esto es, al estado material de cosas que genera para el consumidor la configuración jurídica (normativa tanto como jurisprudencial) del procedimiento nacional. Por eso, su análisis no va referido en exclusiva a aspectos puramente formales de la tramitación, como puede ser la brevedad del plazo para formular el incidente de oposición; sino que atiende también a factores materiales, como por ejemplo el coste económico del acceso a la justicia o la información disponible para el consumidor en el momento de plantearse si se dirige al tribunal o no²⁸.

De todo lo anterior se infiere que, al menos a primera vista, la regulación procesal cuestionada en el asunto *Profi Credit* sería salvable: para superar las exigencias impuestas por el derecho de acceso a la justicia reconocido en el artículo 47 CDFUE, bastaría en principio al legislador polaco con eliminar o equilibrar las tasas, alargar el plazo para oponerse al requerimiento de pago y mitigar o paliar de alguna manera el déficit de información que padece el consumidor en el momento de valorar su respuesta frente al mismo. Podría, en definitiva, limitarse a remediar las insuficiencias apreciadas por el TJUE, sin necesidad de introducir un control de oficio puro del posible carácter abusivo de las estipulaciones contractuales; pues ni de la Directiva 93/13 ni del artículo 47 de la Carta se deriva de forma imperativa una solución de esa índole.

2. EN PARTICULAR, SOBRE EL IMPACTO POTENCIAL DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TJUE EN EL JUICIO CAMBIARIO ESPAÑOL

A la vista de la sentencia del TJUE en el asunto *Profi Credit*, surge el interrogante de si la actual regulación del juicio cambiario en los artículos 819 a 827 LEC (que, de atenernos a la argumentación del TJUE, aparenta ser similar en algunos aspectos a la regulación polaca de los procesos monitorios basados

28. "Entre los medios adecuados y eficaces que deben garantizar al consumidor la tutela judicial efectiva ha de figurar la posibilidad de participar en un proceso basado en una demanda presentada contra él por un profesional, en condiciones procesales razonables, de manera que no existan requisitos (especialmente de plazo o relacionados con los gastos o la distancia) que menoscaben el ejercicio de los derechos garantizados por la Directiva 93/13". STJUE de 3 de abril de 2019, *Aqua Med*, § 53. En esta sentencia, posterior a *Profi Credit*, el Tribunal añade la distancia física respecto del proceso como factor objeto de ponderación a la hora de dilucidar si el consumidor tiene garantizado el acceso a la justicia en un procedimiento dado; al declarar que, aunque en principio un fuero electivo de competencia territorial no es contrario al artículo 7 de la Directiva 93/13, puede llegar a afectar a la tutela judicial efectiva del consumidor si la circunscripción elegida por el demandante está alejada en exceso del domicilio de aquél.

en títulos cambiarios²⁹) satisface o no las exigencias que, según la jurisprudencia de Luxemburgo, se derivarían del artículo 47 CDFUE aplicado a las situaciones contempladas por la Directiva 93/13.

En concreto, cabe preguntarse lo siguiente: la actual estructura del juicio cambiario español, caracterizada como se sabe por una "inversión del contradictorio", ¿entraña un "riesgo no desdeñable" de que el consumidor deje de utilizar el mecanismo previsto en la legislación interna para la defensa de su posición, es decir, de que deje pasar la oportunidad de plantear la oposición cambiaria? Y, por eso mismo, ¿obstaculiza *de facto* el ejercicio por parte del juez de esos deberes de control de oficio que le impone o asigna el ordenamiento europeo, en orden a la protección efectiva de los derechos reconocidos en la Directiva de las cláusulas abusivas?

Se trata de cuestiones que en nuestro país cobran singular relieve, habida cuenta de la jurisprudencia reciente de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en relación con la emisión de pagarés en blanco en garantía de los contratos de préstamo celebrados por consumidores con entidades de crédito³⁰.

Desde luego, no cabe ignorar a este respecto ciertas peculiaridades de nuestro juicio cambiario que afectan directamente a la posición del consumidor en caso de resultar demandado. Me refiero obviamente al automatismo con el que se acuerda el embargo preventivo, sin oír al sujeto requerido y sin sometimiento a los requisitos ordinarios de las medidas cautelares que prevé el artículo 728 LEC (esto es, sin caución, sin justificación previa del peligro en la demora procesal y sin acreditación indiciaria del *fumus boni iuris*, más allá de la firma del demandado estampada en el título)³¹; o a que el plazo para plantear la oposición cambiaria en España es todavía más breve que en Polonia (diez días, en lugar de dos semanas); o a la forma misma de instrumentarse esa oposición en nuestro Derecho, mediante una "demanda de oposición" que ha de formularse con arreglo a los requisitos mínimos de contenido del artículo 399 LEC (conviene insistir: en el plazo de diez días) y cuyos motivos están además tasados en la ley (cf. los artículos 824.2 LEC y 67 de la Ley Cambiaria), al menos en apariencia³². Esto último es singularmente importante; por-

29. Importa notar en este sentido que, doctrinalmente, se ha sostenido que el juicio cambiario de la Ley de Enjuiciamiento Civil es en realidad un "proceso monitorio especial". Al respecto, *vid.* BONET NAVARRO, J., "Naturaleza jurídica del juicio cambiario", en: RIFÁ SOLER, J. M. (coord.), *Libro Homenaje al profesor Eduardo Font Serra* (vol. 2), Madrid, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004, pp. 1145-1167.

30. Sobre este particular, *vid.* SENÉS MOTILLA, C., "Tratamiento...", *op. cit.*, pp. 2-13.

31. Cf. VEGAS TORRES, J., "El juicio cambiario", en: DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y procesos especiales* (3.^a ed.), Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 475.

32. Se ha dicho, con toda razón, que el de la sistematización de las excepciones cambiarias es "el capítulo más arduo y polémico" de todo el derecho cambiario. Cf. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., "Las excepciones cambiarias", en: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.),

que es innegable que una regulación insuficiente, defectuosa, excesivamente compleja o de trabajosa intelección, que dé lugar por sistema a una diversidad o a una profusión de planteamientos jurisprudenciales que hayan de ser necesariamente tenidos en cuenta para plantear una defensa viable, puede llegar a generar un indeseable factor de inseguridad jurídica, capaz de contrarrestar materialmente las ventajas que, desde el punto de vista de la adecuada información del consumidor, ofrece normalmente el asesoramiento de un letrado (incluso aun cuando se configure como preceptivo)³³.

Sea como fuere, la respuesta deberá darla el propio TJUE; que, como se ha visto, a efectos de valorar la compatibilidad del régimen procesal nacional con el derecho de acceso a la justicia del artículo 47 CDFUE, ha optado por un análisis de conjunto de las condiciones reales en las que se produce la decisión sobre la oposición al requerimiento de pago; lo que en cierto modo dificulta predecir cómo se pronunciaría ante una hipotética cuestión prejudicial relativa a la normativa española de la oposición frente a la demanda de juicio cambiario. No obstante, no parece en absoluto temerario conjeturar que, en el caso del juicio cambiario de la LEC, llegado el momento las cosas irían en la dirección de una declaración semejante a la que se produjo en *Profi Credit* (y, anteriormente, en *Banco Español de Crédito*).

IV. CONCLUSIONES

En España, la doctrina más autorizada ha venido entendiendo que, a falta de un trámite específico, y dado que generalmente el juez no cuenta con los elementos fácticos y jurídicos necesarios para fiscalizar el clausulado de un contrato en el momento de examinar la demanda de juicio cambiario, en el marco de este procedimiento un eventual control de oficio de las posibles cláusulas abusivas (y aun de la misma existencia de la relación de consumo) debería efectuarse, en su caso, con ocasión de la oposición planteada por el consumidor demandado, que está sujeta a lo dispuesto en los artículos 824 a 827 LEC.

Sin embargo, el estándar aplicado por el TJUE en el asunto *Profi Credit* al analizar la compatibilidad del régimen procesal polaco de la oposición al

Derecho Cambiario: Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque, Madrid, Civitas, 1986, p. 251. Para la recta comprensión del tema que se está abordando aquí, conviene tener en cuenta la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo sobre el alcance de la oposición cambiaria; especialmente en lo que se refiere a las excepciones oponibles *inter partes* y al ámbito al que se circunscribe la cognición del juez en ese trámite. Al respecto, *vid.* las SSTs de 18 de enero de 2011, de 10 de julio de 2013, de 12 de mayo de 2016 y, más recientemente, de 13 de febrero de 2019.

33. *Vid.* MARTÍNEZ SANTOS, A., "Tutela cautelar frente a posibles cláusulas abusivas: el Auto del TJUE de 26 de octubre de 2016, en los asuntos acumulados C-568 a C-570/14, *Fernández Oliva*", en: JEREZ DELGADO, C. y RUDA GONZÁLEZ, A. (coords.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: Materiales del III Encuentro Anual del Centro Español del European Law Institute*, Madrid, Sepín, 2019 (en prensa).

requerimiento de pago con las exigencias del artículo 47 CDFUE, obliga a reexaminar esos términos bajo el prisma del Derecho europeo de consumo (o, por mejor decir, bajo el prisma de la interpretación que de ese Derecho ha realizado el propio TJUE) y puede abocar al legislador español a un problema en cierto modo similar al que se ha planteado en Polonia; pero que en el caso del juicio cambiario no tiene fácil solución.

En efecto: como se ha visto, nada obsta en principio de suyo a que, en el contexto de un procedimiento caracterizado por una inversión del contradictorio, como puede ser el juicio cambiario, el control judicial del clausulado del contrato subyacente a la emisión del título (y de cuyo incumplimiento trae causa a la postre la reclamación) se haya de llevar a cabo al hilo de la oposición planteada por el consumidor; pues hasta ese momento el juez no habrá tenido a su disposición los elementos de hecho y de derecho imprescindibles para formarse un criterio al respecto (y ni siquiera para saber si está ante una reclamación frente a un consumidor; aunque desde luego pueda haber indicios, como por ejemplo la circunstancia de ser el demandante un "acreedor profesional" –banco, entidad de crédito, etc.– y el demandado un particular). Ahora bien, según la interpretación que hace el TJUE, esa oposición no solo tiene que ser posible en abstracto; sino que el derecho de acceso a la justicia, en su proyección sobre las situaciones contempladas y los derechos reconocidos en la Directiva 93/13, implica que el trámite que se establezca ha de estar asimismo articulado de tal modo que se asegure materialmente su utilización, a poco que el consumidor tenga la mínima intención de recurrir a él. Es decir: para el TJUE no basta simplemente con que esté prevista en la ley la facultad de oponerse, ni son indiferentes las condiciones (de tiempo, económicas, de distancia, de información, etc.) con las que se encuentra el consumidor en el momento de decidir adoptar un determinado comportamiento frente a la reclamación: ejercicio de sus derechos o, por el contrario, actitud de pasivo quietamiento.

Por estos motivos, no está del todo claro que la regulación actual del juicio cambiario en la Ley de Enjuiciamiento Civil satisfaga las exigencias de la jurisprudencia europea en cuanto a la superación de ese estándar del "riesgo no desdeñable" al que, por decisión del TJUE, se ven sometidas las disposiciones procesales internas. Para satisfacer dichas exigencias, y mientras el régimen sustantivo y procesal de los títulos cambiarios siga siendo unitario como ha sido hasta ahora³⁴, no quedará quizá más remedio que abordar una reforma

34. Como pone de relieve la STS del Pleno de la Sala 1.^a de 12 de septiembre de 2014, la propia Exposición de Motivos de la Ley Cambiaria de 1985, en su último párrafo, abría la puerta a la elaboración de "un texto legal complementario y específico" para los títulos emitidos "en operaciones realizadas por los consumidores y usuarios". Sin embargo, han transcurrido más de treinta años desde entonces y esa labor aún no se ha acometido (al margen de alguna previsión aislada, como la del artículo 24 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, que matiza el régimen general de las excepciones cambiarias para las

de la LEC, de análoga (aunque no idéntica) significación a la que se hizo en su día del régimen de la tramitación inicial del juicio monitorio (cf. el artículo 815.4 LEC³⁵); o bien ampliar al menos el plazo para formular la oposición cambiaria y prever, al mismo tiempo, los mecanismos precisos para cerciorarse de alguna manera de que el consumidor está suficientemente informado tanto de sus derechos en relación con las posibles cláusulas abusivas, como de la manera de hacerlos valer en el proceso. Otra posibilidad digna de ser tenida en cuenta sería tal vez la consistente en diferir el control al trámite de ejecución³⁶; aunque ello requeriría también de una reforma legal (pues, como es sabido, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 825 LEC la ejecución derivada de un juicio cambiario se sustancia conforme a lo previsto para la ejecución de títulos judiciales; y en esa modalidad de ejecución no está contemplado hoy por hoy el examen de oficio del artículo 552.1.II LEC). Y, en cualquier caso, quedaría todavía en pie la cuestión de cómo introducir el dato de que el ejecutado es un consumidor, y de que el título se emitió a resultas de una relación negocial cubierta por la Directiva 93/13.

Alternativamente, cabría optar por una solución más drástica, que pasaría por proscribir directamente sin más la incorporación a títulos cambiarios de los créditos derivados de las relaciones cubiertas por la Directiva de las cláusulas abusivas, como cuestión de orden público³⁷; pero, existiendo otras vías practicables (como, por ejemplo, confeccionar modelos de título en los que conste una mención expresa de la condición de consumidor del librador, e imponer su utilización en el tráfico³⁸), no parece que, hoy por hoy, sea lo más sensato.

letras de cambio y los pagarés derivados de los llamados "contratos vinculados" suscritos por los consumidores, tal como aparecen definidos en el artículo 29 de la misma Ley).

35. Acerca del carácter problemático de las soluciones que terminaron por prevalecer en la reforma del monitorio de 2015, *vid.* SÁNCHEZ LÓPEZ, B., "Recorrido por las sucesivas reformas del procedimiento monitorio y el reto del control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos de consumo", en: Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J., (coords.), *Derecho, Justicia Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 2813-2840; y HERRERO PEREZAGUA, J. F., "Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio", en: *Revista General de Derecho Procesal*, 45-2018, en esp. las pp. 29-35. En relación con el Anteproyecto de aquella reforma, *vid.* el comentario crítico de BANACLOCHE PALAO, J., "Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio", en: *Diario La Ley*, núm. 8137, 2013.
36. Se trata de un remedio que aparece apuntado en la STJUE 20 de septiembre de 2018, *EOS KSI Slovensko*, relativa al procedimiento monitorio esloveno.
37. En una línea hasta cierto punto semejante (aunque obviamente no tan extrema) se ha venido a situar la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, que ha declarado ya repetidas veces que, en los contratos de préstamo celebrados con consumidores, una condición general en la que se prevea la firma por el prestatario de un pagaré en blanco en garantía del préstamo es abusiva y, por tanto, acarrea por sí sola "la ineficacia de la declaración cambiaria" [sic]. *Vid.*, por todas, las SSTs (Sala 1.ª) de 12 de septiembre de 2014 y de 11 de noviembre de 2015; así como las consideraciones críticas efectuadas por SENÉS MOTILLA, C., *cit.*
38. En efecto: en el fondo, la dificultad para articular procesalmente el tratamiento de los

Se trata en todo caso de modificaciones legales que conviene meditar con cuidado, porque es incuestionable que una intervención legislativa apresurada (o, simplemente, poco reflexionada) puede a la larga desvirtuar la eficacia del procedimiento regulado en los artículos 819 a 827 LEC, en detrimento de su cualidad de cauce idóneo para la tutela rápida y privilegiada del crédito cambiario; cualidad que, sin duda alguna, convendría prudencialmente preservar.

Finalmente, además de por su posible impacto en la configuración procedimental del juicio cambiario español, la línea jurisprudencial descrita en estas páginas es asimismo importante porque supone un paso más en la progresiva reformulación de los tradicionales límites a la autonomía procesal de los Estados miembros, al hilo de la paulatina (aunque todavía vacilante) introducción de un control de compatibilidad de las disposiciones procesales nacionales con el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Se trata de un control cuyos perfiles por el momento no están del todo bien definidos; pero que, a juzgar por los pronunciamientos más recientes de Luxemburgo, cabe aventurar que, a la larga, supondrá una mudanza en la aproximación tradicional del TJUE a la hora de resolver las cuestiones prejudiciales. En efecto: todo apunta a que el Tribunal ha dejado de poner el acento exclusivamente en la eficacia objetiva del Derecho de la Unión, para empezar a enfatizar también de modo directo la protección de los derechos individuales en los procedimientos en los que ese Derecho resulta de aplicación³⁹.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILERA MORALES, M., "TJUE, proceso civil y tutela del consumidor: repaso de un año que termina y previsiones en torno a otro que comienza", en: *Revista General de Derecho Procesal*, 44-2018.
- "El control de oficio de las cláusulas abusivas en sede de recurso: la próxima batalla ante el TJUE", en: *Diario La Ley*, núm. 9378, 2019.
- ARMENGOT VILAPLANA, A., "La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil", en: *Revista General de Derecho Procesal*, 44-2018.
- BANACLOCHE PALAO, J., "Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio", en: *Diario La Ley*, núm. 8137, 2013.

títulos cambiarios librados por consumidores no obedece, con carácter primario y principal, a un problema de técnica procesal (aunque, por supuesto, la técnica procesal tenga mucho que decir en todo este asunto); sino que es, por encima de todo, una cuestión que hay que abordar prospectivamente en el nivel de la regulación sustantiva.

39. Al respecto, *vid.* VAN DUIN, A., "Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13/EEC", en: *Journal of European Consumer and Market Law*, 6-2017(5), p. 198.

- BONET NAVARRO, J., "Naturaleza jurídica del juicio cambiario", en: RIFÁ SOLER, J. M. (coord.), *Libro Homenaje al profesor Eduardo Font Serra* (vol. 2), Madrid, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004, pp. 1145-1167.
- DELLA NEGRA, F., "The Uncertain Development of the Case Law on Consumer Protection in Mortgage Enforcement Proceedings: *Sánchez Morcillo and Kusionova*", en: *Common Market Law Review*, 52-2015, pp. 1009-1032.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., "Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio", en: *Revista General de Derecho Procesal*, 45-2018.
- MARTÍNEZ SANTOS, A., "Tutela cautelar frente a posibles cláusulas abusivas: el Auto del TJUE de 26 de octubre de 2016, en los asuntos acumulados C-568 a C-570/14, *Fernández Oliva*", en: JEREZ DELGADO, C. y RUDA GONZÁLEZ, A. (coords.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: Materiales del III Encuentro Anual del Centro Español del European Law Institute*, Madrid, Sepín, 2019 (en prensa).
- MICKLITZ, H. W. y REICH, N., "The Court and the Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive", en: *Common Market Law Review*, 51-2014, pp. 771-808.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., "Las excepciones cambiarias", en: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Derecho Cambiario: Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 251-383.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, B., "Recorrido por las sucesivas reformas del procedimiento monitorio y el reto del control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos de consumo", en: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., (coords.), *Derecho, Justicia Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 2813-2840
- SENÉS MOTILLA, C., "Tratamiento de las cláusulas abusivas en el juicio cambiario", en: *Revista General de Derecho Procesal*, 42-2017.
- SERRANO MASIP, M., "Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso civil interno", en: *Revista de Estudios Europeos*, 68-2016, pp. 5-32.
- TRÄGER, M., "Party Autonomy and Social Justice in Member States and EC Regulation: A Survey of Theory and Practice", en: COLLINS, H. (ed.), *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008, pp. 57-74.
- VAN DUIN, A., "Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Proce-



dures under Directive 93/13/EEC", en: *Journal of European Consumer and Market Law*, 6-2017(5), pp. 190-198.

VEGAS TORRES, J., "El juicio cambiario", en: DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y procesos especiales* (3.^a ed.), Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2005, pp. 461-482.