

La Actuación de Oficio del Juez Nacional Europeo

Jordi Nieva Fenoll

*Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona*

ÍNDICE:

1. Introducción. 2. Breve repaso a la jurisprudencia europea. 3. Origen y razón de ser del principio dispositivo. 4. El contexto histórico del principio dispositivo. 5. El nuevo contexto histórico: el surgimiento de la figura del consumidor. 6. El principio dispositivo y la actividad oficial del juez: la apreciación de oficio de las excepciones materiales. 7. Puede encubrir la cláusula abusiva un vicio del consentimiento?

TÍTULO EN INGLÉS: “The Ex Officio Action of the European National Judge”

RESUMEN: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha activado la labor *ex officio* del juez nacional en algunas materias, tales como el conocimiento de cláusulas abusivas, lo que, en opinión de la doctrina, ha puesto en cuestión el principio dispositivo. Tras un examen histórico y teleológico de dicho principio se deduce que el Tribunal de Justicia no sólo no ha vulnerado el principio dispositivo, sino que lo ha resituado en sus justos términos.

ABSTRACT: The Court of Justice of the European Union’s case law has triggered the *ex officio* task of the national judge in some matters, such as unfair terms. Some authors think that this case law infringes the disposition principle. After a historical and teleological examination of that principle it can be concluded that the Court of Justice has not infringed such principle, but rather has relocated it in its correct terms.

PALABRAS CLAVE: principio, dispositivo, *ultra petita*, *secundum allegata*

KEY WORDS: principle, disposition, *ultra petita*, *secundum allegata*

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la jurisprudencia europea ha dado un giro aparentemente radical a la visión tradicional del principio dispositivo. Ese giro ha revolucionado a la doctrina¹ y a algunas jurisprudencias nacionales, pero como digo, todo lo que ha sucedido se traduce en un cambio en el fondo más aparente que real, como se intentará demostrar en este trabajo.

Lo que probablemente ha llamado la atención de la doctrina es el hecho de que, acostumbrados todos como estábamos a un juez pasivo, que simplemente observaba silente lo que decían y probaban ambas partes sin intervenir en absoluto, pasamos ahora a tener a un juez algo más activo. Hay que decir, no obstante, que esa pasividad vino favorecida por la acumulación de trabajo que padece cualquier juez, pero nunca debió haberse convertido en una regla general, como de hecho sucedió.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido benefactora para adecuar a la realidad actual en sus justos términos los históricos *secundum allegata et probata (partium)*² y su derivación *ne eat iudex ultra petita partium*, frases que nunca debieron haber abandonado la intención con que fueron concebidas, sobre todo la primera. En concreto, merece la pena recuperar los orígenes de ese principio que ha marcado el proceso civil especialmente durante tantos siglos, así como recordar y reflexionar sobre algo bien conocido pero paradójicamente bastante olvidado o arrinconado: la posibilidad de apreciar de oficio las excepciones materiales basadas en hechos impeditivos y extintivos.

1 Entre otros, BLANCO GARCÍA, “Necesidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo: Visión comparada con el régimen español”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 2016. BLANCO GARCÍA, “Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 7, 2013, pp. 195 y ss. CORDÓN MORENO, “La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor (STJUE de 3 de octubre de 2013)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 8, 2013, p. 494. DOMÍNGUEZ RUIZ, “El control judicial de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo”, *Revista General de Derecho Procesal*, 35, 2015, pp. 1 y ss. GIL NOGUERAS, “El control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en la contratación en masa”, *Práctica de tribunales*, n. 118, 2016, p. 3. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2014, pp. 313 y ss. KRANS, “EU Law and National Civil Procedure Law: An Invisible Pillar”, *European Review of Private Law*, 4-2015, pp. 573 y ss. MIQUEL SALA, “Verbraucherschutz auf Kosten der Dispositionsmaxime: War das erforderlich? Zugleich eine Besprechung der Rs C-32/12 (Duarte Hueros)”, 2014, *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 181-182. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda*, La Ley UE 82 enero 2014, p. 33. PAVELIU, “The Active Role of the Judge in the Field of Unfair Terms Litigation”, *Perspectives of Business Law Journal*, vol. 3, 1, nov. 2014, pp. 344 y ss.

2 Sobre este brocardo, vid. PICÓ i JUNOY, *El juez y la prueba*, Barcelona 2007, pp. 99 y ss. NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pp. 27 y ss. ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, *Actualidad civil*, n. 9, 2012, pp. 944 y ss.

Tras repasar esos orígenes históricos del principio dispositivo, este trabajo se centrará, fundamentalmente, en analizar si la aparición de la figura del consumidor en nuestras sociedades realmente debe plantear otra visión del susodicho principio, o bien cabe establecer una interpretación que lo devuelva a las bases que nunca debió perder.

2. BREVE REPASO A LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Antes de comenzar, es necesario realizar un breve resumen de esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³. Aunque el Tribunal sólo ha pretendido reforzar la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas, lo cierto es que sus pronunciamientos han significado mucho más⁴.

Hay que recordar que las cláusulas de un contrato de consumo son abusivas⁵ porque producen un desequilibrio en las prestaciones contractuales, contrario a la buena fe, dejando al consumidor en una delicada posición sin que el mismo sea realmente consciente de ello en el momento de la contratación, o incluso siendo consciente, sin que tenga una posibilidad real de optar por no contratar⁶.

En cualquiera de los dos casos, la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* declara en su artículo 3 que “*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos*

3 Sobre la interpretación de esta jurisprudencia es imprescindible la lectura de ARROYO AMAYUELAS, *No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo*, en “AAVV (dir. Arroyo /Serrano), *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*”, Madrid 2016, pp. 65 y ss.

4 Un interesante estudio estadístico de esa jurisprudencia, con muy reveladores datos, puede encontrarse en GÓMEZ-POMAR / LYCZKOWSKA, “Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law”, *InDret*, oct. 2014, pp. 1 y ss.

5 Sobre la cuestión, vid. ampliamente CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona 2013, pp. 95 y ss. Vid. también MARTÍNEZ ESPÍN, “¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, N. 9, 2014, pp. 76 y ss.

6 Vid. STJUE 30-4-2014, **Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt.** C-26/13. STJUE 1-10-2015, **ERSTE Bank Hungary Zrt. c. Attila Sugár.** C-32/14, puntos 39 y 40: “*A fin de determinar si una legislación de este tipo es compatible con las exigencias de la Directiva 93/13, procede recordar que el sistema de protección establecido por esta Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente 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 (véase, en particular, la sentencia Kušionová, C34/13, EU:C:2014:2189, apartado 48 y jurisprudencia citada). Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véase la sentencia Sánchez Morcillo y Abril García, C169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23 y jurisprudencia citada).”*

y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Aunque pese a esa negociación individual quepa deducir que en realidad se ha suscrito un contrato de adhesión, la cláusula podría ser igualmente considerada abusiva, aunque ello resulta algo más difícil a la luz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

Lo que se busca con la declaración de nulidad de la cláusula abusiva es principalmente un efecto disuasorio dirigido al empresario, a fin de que sea consciente de que esas cláusulas no van a tener efecto alguno aunque consten en el contrato⁷, pudiéndose producir además nulidades totales de los mismos dependiendo del alcance de la cláusula.

La jurisprudencia ha ido ampliando las posibilidades del juez de conocer de oficio diversas cuestiones relacionadas con las cláusulas abusivas. Así, desde el asunto Océano del año 2000, el juez puede analizar de oficio una cláusula abusiva –en aquel caso de determinación de la competencia–⁸, lo que se especificó en 2012, y posteriormente, que podía hacerse en el marco de cualquier procedimiento⁹ –incluso los dirigidos por el Letrado de la Administración de Justicia¹⁰– y en cualquier fase del mismo, también en apelación si lo permite el derecho nacional¹¹, pudiéndose llegar a suspender cautelarmente la ejecución que esté pendiente en otro procedimiento¹².

Tras el asunto Océano, el Tribunal afirmó en 2002¹³ que un juez podía apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluso precluido un plazo de prescripción para alegar tal abusividad, lo que se reafirmó años después¹⁴ subrayando esta posibilidad también cuando no hubiera alegado el consumidor en absoluto la abusi-

7 Vid. acerca de la solución alemana a una problemática similar, DELLACASA, “Judicial Review of ‘Core Terms’ in Consumer Contracts: Defining the Limits - Judgement, C-26/13, Kasler”, 2015, 11, *ERCL*, pp. 163.

8 STJUE 27-6-2000, Océano Grupo Editorial c. Rocío Murciano. C-240/98 a C-244/98.

9 STJUE 14-6-2012, Banco Español de Crédito c. Joaquín Calderón. C-618/10. STJUE 14-3-2013, Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa. C-415/11. STJUE 14-11-2013, Banco Popular Español c. María Teodolinda Rivas y Banco de Valencia c. Joaquín Valdeperas. C-537/12 y C-116/13. Incluso en un procedimiento concursal: STJUE 21-4-2016, Radlinger y Radlingerová c. Finway a.s.. C-377/14.

10 STJUE 18-2-2016, Finannadrid c. Jesús Vicente Albán e.a.. C-49/14.

11 STJUE 30-5-2013, Erika Jörös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt.. C-397/11.

12 STJUE 14-3-2013, Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa. C-415/11. STJUE 17-7-2014, Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García c. BBVA. C-169/14. ATJUE 26-10-2016, Isabel Fernández Oliva c. CaixaBank y Jordi Carné, Anna Aracil c. Catalunya Banc y Nuria Rubirosa y César Romera c. Banco Popular Español. C-568/14 a 570/14.

13 STJUE 21-11-2002, Cofidis SA c. Jean-Louis Fredout. C-473/00.

14 Incluso a instancia de parte, no teniendo validez alguna el plazo, en este caso de caducidad. STJUE 29-10-2015, BBVA c. Pedro Peñalva e.a.. C-8/14. STJUE 26-1-2017, Banco Primus c. Jesús Gutiérrez García. C-421/14.

vidad¹⁵ o solicitado la nulidad del contrato¹⁶, tan pronto como el juez dispusiera de los datos para hacerlo¹⁷, aunque respetando el derecho de defensa de las partes¹⁸. A tal efecto puede practicar incluso prueba de oficio¹⁹, pero declarando solamente su nulidad radical, sin poder integrar o modificar la cláusula abusiva declarada nula para que no lo sea²⁰, por el riesgo que ello conllevaría para la consecución del efecto disuasorio²¹ dirigido a los comerciantes.

Ya en 2006²², el Tribunal de Justicia estableció la posibilidad de conocer de oficio de la nulidad de una cláusula de sumisión arbitral impuesta de forma abusiva, aunque tal abusividad no fuera alegada por el consumidor en el proceso arbitral, lo que podía alcanzar a declarar la nulidad de todo el contrato²³. Esa postura fue reafirmada en 2009²⁴ en el marco de la ejecución judicial de un laudo arbitral. Y en 2012²⁵ estableció el Tribunal que la declaración judicial de abusividad podía beneficiar a cualquier otro consumidor al que el mismo profesional le hubiera aplicado la misma cláusula, aunque no fuera parte en el proceso, cuestión ciertamente relevante en materia de “cosa juzgada material”²⁶.

No obstante, en 2009 y 2010 reafirmó su jurisprudencia tradicional al afirmar el Tribunal de Justicia que una vez concluido el proceso con resolución firme, la cosa juzgada²⁷ lo hace inatacable, aunque no sin interesantes matices²⁸. Más adelante reafirmó que si el

15 STJUE 17-12-2009, *Eva Martín c. EDP Editores*. C-227/08.

16 STJUE 21-2-2013, *Banif Plus Bank c. Csaba Csipai*. C472/11.

17 STJUE 4-6-2009, *Pannon GSM c. Erzsébet Sustikné Györfi*, C-243/08

18 STJUE 21-2-2013, *Banif Plus Bank c. Csaba Csipai*. C472/11.

19 STJUE 9-11-2010, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. C. Ferenc Schneider*, C-137/08.

20 Con la importante matización en cuanto a la reducción del precio fruto de la abusividad. STJUE 3-10-2013, *Soledad Duarte c. Autociba y Automóviles Citroën España*. C-32/12. Vid. también STJUE 21-1-2015, *Unicaja Banco c. José Hidalgo e.a. y Caixabank c. Manuel María Rueda*. C-482, 484, 485, 487/13.

21 STJUE 14-6-2012, *Banco Español de Crédito c. Joaquín Calderón*. C-618/10.

22 STJUE 26-10-2006, *Elisa María Mostaza c. Centro Móvil Milenium*. C-168-05.

23 STJUE 15-3-2012, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ, spol. s r. o.* C-435/10.

24 STJUE 6-10-2009, *Asturcom Telecomunicaciones c. Cristina Rodríguez*. C-40/08.

25 STJUE 26-4-2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt.* C-472/10.

26 Sobre esta extensión, vid. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, Barcelona 2006, pp. 203 y ss.

27 STJUE 6-10-2009, *Asturcom Telecomunicaciones c. Cristina Rodríguez*. C-40/08. ATJUE 16-11-2010, *Pohotovost' s. r. o. c. Iveta Korčkovská*. C-76/10.

28 Los derivados de la STJUE 28-7-2016, *Milena Tomášová c. Ministerstvo spravodlivosti SR y Pohotovost' s. r. o.* C-168/15. En este caso el Tribunal de Justicia afirmó que la jurisprudencia Pannon de 4 de junio de 2009 —que como hemos visto obliga a apreciar de oficio la abusividad de una cláusula en el marco de la ejecución judicial de un laudo arbitral—

juez ya se pronunció una vez sobre la abusividad con fuerza de cosa juzgada en una fase del proceso, no puede reconsiderar la cuestión posteriormente en el curso del mismo²⁹, lo que es lógico desde la perspectiva de la llamada “cosa juzgada formal”³⁰.

También sostuvo que la apreciación de oficio sólo era posible si la permitían las normas procesales de Derecho interno, aunque equiparando la cuestión de la abusividad a un tema de orden público³¹, con la importancia que ello conlleva dado que, precisamente, las normas nacionales permiten –con mayor o menor ambigüedad– al juez apreciar de oficio las vulneraciones del orden público³². Por último, el Tribunal de Justicia estableció³³ que su control sólo alcanza a procesos judiciales, y no a las ejecuciones de documentos ejecutivos notariales, lo que ha supuesto un evidente retroceso que ha podido ser aprovechado por el legislador español, por ejemplo, para convalidar sin problemas el llamado “procedimiento monitorio notarial” de los arts. 70 y 71 de la Ley del Notariado de 1862, introducido meses antes de la sentencia³⁴.

A pesar de las resoluciones destacadas en los dos últimos párrafos, que además poseen una sólida, aunque discutible, fundamen-

no era aplicable a casos acabados con sentencia firme anteriores a 2009. El Tribunal de Justicia hizo esta afirmación para justificar que no procedía la responsabilidad del Estado Miembro por incumplimiento del Derecho del Unión en estos casos, pero con ello abre la posibilidad de anular procesos concluidos por sentencia firme posteriores a 2009 en los que no se hubiera apreciado de oficio la abusividad de una cláusula, dado que si el Estado Miembro no arbitra un procedimiento de anulación de estos procesos concluidos con firmeza, incurriría en responsabilidad.

29 Lo que es perfectamente lógico si no fuera porque, en el caso concreto, la resolución de la que el Tribunal de Justicia predicó esos efectos – el célebre “auto de 12 de junio de 2013”, vid. STJUE 26-1-2017, Banco Primus c. Jesús Gutiérrez García. C-421/14, puntos 18 y 38 a 54– muy probablemente no los tenía (vid. ACHÓN BRUÑÉN, Soluciones, cit. p. 37), o ni siquiera era apropiado que los tuviera al haberse producido el pronunciamiento en el marco de un procedimiento claramente sumario, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil intente hurtarle dicho carácter en evidente beneficio de las entidades crediticias. Y es que al margen de otras consideraciones más complejas, si la resolución final del propio procedimiento ejecutivo hipotecario, que era el sustanciado en aquel caso, carece, en general, de efectos de cosa juzgada (art. 698 L.E.C.), mal podía tenerlos una resolución incidental, aún centrada específicamente en la abusividad de las cláusulas. No obstante, es de justicia decir que el párrafo 1 del art. 698, puesto en relación con el art. 695.1.4ª L.E.C. avala literalmente la interpretación del Tribunal de Justicia. Sobre el tema, CARRASCO PERERA, “La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 6, 2013, p. 65. EBERS, M., „From Océano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Iudicata”, *European Review of Private Law*, 4, 2010, pp. 835 y ss.

30 Que es la más antigua históricamente hablando. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, cit. pp. 25 y ss.

31 ATJUE 16-11-2010, Pohotovost’ s. r. o. c. Iveta Korčkovská. C-76/10. STJUE 30-5-2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito c. Jahani BV.

32 Art. 1255 del Código Civil español, art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Art. 6 del *Code Civil* francés. Art. 1229 *Codice Civile* italiano. §138 BGB.

33 STJUE 1-10-2015, ERSTE Bank Hungary Zrt. c. Attila Sugár. C-32/14.

34 Ley 15/2015, 2-7. DF 11.1. Sobre este procedimiento, CABREJAS GUIJARRO, “El nuevo Monitorio Notarial, una forma de evitar el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas”, *Temas para el debate*, n. 247 (junio), 2015, pp. 31 y ss.

tación, se observa con facilidad que ciertamente es relevante el cambio operado en relación con el entendimiento habitual de lo que es el principio dispositivo. Antes de esta jurisprudencia, el juez nada hacía si un litigante no alegaba expresamente la abusividad de una cláusula. Ahora tiene que declararla nula incluso aunque nadie se lo pida, porque de lo contrario, no es sólo que se vulneraría el orden público, sino que no se operaría eficazmente el efecto disuasorio que se pretende para evitar que estas cláusulas existan en el tráfico jurídico. Veremos en los siguientes epígrafes si es legítimo que sea así y, sobre todo, si todo ello supone realmente un cambio tan radical como se ha dicho últimamente.

3. ORIGEN Y RAZÓN DE SER DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Hay que retroceder unos ocho siglos para percibir la esencia inicial del principio dispositivo. Su primera formulación hizo referencia, más que al propio principio dispositivo, al que desde hace ya más de un siglo se llama principio de aportación de parte, aunque no dejaba de referirse al primero y es importante ser conscientes de ello.

La idea madre hay que buscarla en un texto de AZZONE escrito entre finales del siglo XII y principios del XIII³⁵, de posible, aunque muy oscuro, origen romano³⁶. En el mismo, como se ve en la cita, se dice –con algo de complejidad– que el juez forme su juicio a través de lo alegado en el proceso³⁷, lo que constreñía su jurisdicción tanto a los hechos que se alegaran y probaran en el proceso –principio de aportación de parte– como lógicamente a lo que las partes hubieran pedido –principio dispositivo en sentido estricto–. Aunque el texto

35 AZZONE, *Brocardica (aurea)*, cit. rúbrica XX, p. 237, escrito en un latín muy vulgarizado, tiene una traducción algo complicada: *Iudex debet ex conscientia iudicare, & econtrà.] Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. l.2. & ff. Si fer. vend.1 surreptionem. & de minor. 25. anno.l.minor. Quid miri? nonne fert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica.*

Traducción: “El juez debe juzgar en conciencia y, al contrario, debe juzgar según lo alegado. Se pregunta si el juez, en el proceso civil y penal, debe juzgar según su conciencia. Hay que distinguir entre lo que le sea conocido como juez –esto es, en razón de su oficio–, y lo que conozca por su vida privada. En el primer caso, debe dictar la sentencia según su conciencia, que también puede formar con las alegaciones. (...) ¿Qué tiene esto de extraño? ¿Acaso no es válida la sentencia dictada teniendo en cuenta los testimonios y confesiones que conoce como juez? De ese modo puede conocer todos los datos del asunto. Pero si conoce la verdad por su vida privada, no debe dictar la sentencia según su conciencia, sino (solamente) teniendo en cuenta lo alegado. Y así se entiende de la rúbrica contraria.”

36 Vid. la interesante reconstrucción histórica de ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, *Actualidad civil*, n. 9, 2012, pp. 940-941.

37 Lo que propició la precisión canónica posterior del “*secundum acta e probata*”, que destaca ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, cit. p. 944.

pueda resultar ambiguo, no es posible dudar de lo segundo teniendo en cuenta que durante todas las fases del proceso romano –que era en el que se basaban los glosadores de Bolonia– el objeto del juicio permanecía delimitado por lo que hubieran propuesto las partes desde un principio³⁸. Algo más tarde, ya en pleno siglo XIII, DURAND³⁹ escribió la frase que definitivamente pasó a la historia, basada muy claramente en el texto de AZZONE: *secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam*.

Lo complejo es encontrar el porqué de estas declaraciones, dado que como sucede con frecuencia en materia jurídica, se las ha dado por buenas sin más, simplemente porque pertenecen a nuestra tradición –falacia *ad antiquitatem*– o porque las han reafirmado juristas importantes –falacia *ad auctoritatem* o *ad verecundiam*–. De hecho, la supuesta “libertad” procesal de las partes derivada del principio dispositivo ha sustentado un evidente sofisma en torno al mismo, que también ha servido con reiteración para justificarlo aparentemente, e incluso para excluir, entiendo que erróneamente⁴⁰, toda actividad oficial del juez en materia probatoria⁴¹.

A mi juicio, las palabras de AZZONE no iban tan lejos, y si se lee cuidadosamente lo dicho por el autor no parece tener otro sentido que intentar proteger el derecho de defensa de las partes y la imparcialidad judicial, sin más. De hecho, preocupado por este mismo tema de aislar al juez de influencias ajenas al proceso, en el pasaje inmediatamente anterior al que ha pasado a la historia, AZZONE habla ni más ni menos que de la independencia judicial, en concreto de la que goza el juez inferior respecto del superior, obligando a este último a que no se entrometa en la jurisdicción del primero⁴².

38 KASER, Max / HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, pp. 9-10.

39 DURANDUS, *Speculum iuris*, cit. Parte II, *De Sententia*, § 5, 1. pp. 784-785: “*Qualiter aut sententia sit promulganda, clarius explicemus. Et quidem iudex ante omnia debet diligenter cuncta, quae fuerunt in iudicio acta discutere, et cum peritis deliberare, ut s. de requis, cos. in prin. et in si. postmodum partes citandae sunt ad sententiam audiendam, ut extr. de testi. cum olim. in si. aliter non valeret sententia, ut s. de citat. §. viso ver. aliter autem. Deinde est ferenda sententia, iudice sedente pro tribunali in loco consueto, vel alias honesto, utraque parte praesente, vel altera contumaciter absente: (quia contumacia tunc eam pro praesente haberi) sententia prius in scriptis redacta, et correcta, sacris et coram se positis, sciat iudex, quia non minus iudicabit, quam iudicet hoc probatur per ordinem 2. q. 3. § notandum versi abolitio et 3.q.3. § spacium ver. a procedente. C. de iudi. properandum et l. rem non novam. C. quomodo et quando iud. ea quae exc. de dolo et contu. veritatis ext. de iur. venientes. Et j. eo.ti.§.iuxta. ver.item non valet et per totum. 1 Item debet ferri secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam, ut 3.q.7. iudicet ff. de offi. iud. or.si sacerdos 2 et de off. de leg. pastoralis...*”

40 NIEVA FENOLL, “El mal nombre del principio inquisitivo”, cit. pp. 27 y ss.

41 Vid. PICÓ i JUNOY, *El juez y la prueba*, Barcelona 2007, pp. 99 y ss. ALISTE SANTOS, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, cit. pp. 945 y ss.

42 AZZONE, *Brocardica (aurea)*, cit. rúbrica XX, pp. 235-236: “*Maiores iudex de his quae ad sui subditi iurisdictionem spectant, se intromittere non debet: nisi negligens fuerit, vel aliqui ante eum appellat?*”.

De ese modo, AZZONE habría intentado alejar al juez de cualquier injerencia, de la de los superiores del juez, y más en concreto de la proveniente de su conocimiento privado, desconocido para las partes, favoreciéndose así de manera obvia, como se ha dicho, su defensa. Si ello es cierto, en un origen el brocardo en cuestión no era sino manifestación de esos dos derechos esenciales en el proceso: el derecho al juez imparcial y el derecho de defensa.

Sin embargo, algo más adelante debió de surgir la duda acerca de si, efectivamente, el juez podía ir más allá de las peticiones de las partes. En concreto, se detecta en el siglo XVI que en una adición a la *Practica Aurea* de Giovanni Pietro FERRARI escrita ya en 1576⁴³, se planteó la posibilidad de juzgar *extra petita* en los procesos sumarios⁴⁴. Sin embargo, pese a este dato puntual se mantuvo firme la idea que se remontaba, por cierto, a BALDO DE UBALDIS⁴⁵ (s. XIV): el juez no puede juzgar *extra petita*: “*sententia extra petita est nulla*”⁴⁶, o aún más palmariamente, “*alias sequitur absurdum, quod concessio foret extra petita, quod dici non habet*”⁴⁷, o bien “*sententia debet esse conformis libello*”⁴⁸, o incluso con más contundencia “*pro ut subsistit etiam antiqua regula, quod sententia conformis esse debeat libello, adeout extra petita, condemnatio sequi non valeat*”⁴⁹. La frase *ne eat iudex ultra petita partium*, que compendia todo lo anterior, parece haber surgido en el siglo XIX en los estados alemanes⁵⁰.

Y la razón de ser de todo ello ya se ha indicado. Pese a que no se dice con demasiada claridad en los tratados ni se explica mucho más allá, habida cuenta de la frecuente copia directa que se hacían

43 DE FERRARIS PAPIENSIS, Io. Petri, *Practica aurea*, 1576, p. 64.

44 Op. et loc. cit. “...quod clausula summaria, sola facti importat, ut ferri possit sententia, etiam si non in totum conformis libello, teste Paris. Cons. 113. Lib. 1 & si in commissione adsint verba summariae, extunc iudex potest recedere à reg. iuris communis, & etiam iudicare extra petita, dummodo sententia aliquantulum conveniat petitioni, licet non in totum...”

45 “...non vale re quia non est conformis libello.” BALDO DE UBALDIS, *Ad tres priores libros Decretalium Commentaria*, Turín 1578, p. 19.

46 Así se lee en las *Decisiones Rotae Lucensis*, Espira 1599, p. 422.

47 TURRETI, Fabio, *Consiliorum seu responsorum*, vol. II, Venecia 1596, p. 20, vuelto.

48 RIMINALDI FERRARI, Hippoly, *Consiliorum seu responsorum in causis gravissimis redditorum*, Lib. I, Frankfurt 1609, p. 219.

49 DE LUCA VENUSINI. Jo. Baptistae, *Theatrum veritatis & Justitiae*, Lib. 15, Pars I, De iudiciis, Disc. VIII, p. 23, Venecia 1706. Vid. También en el mismo sentido VANZI, Sebastiano, *Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum causarum*, Venecia 1555, punto 99, p. 425. BARBOSAE, Agustini, *Repertorium iuris civilis et canonici*, Lyon 1713, p. 120, columna 2.

50 SCHMID, „Das s.g. Verhandlungsprinzip gilt für die Abfassung des Appellationserkenntnisses bei Appellationem gegen Definitivurtheile, und die denselben an kraft gleichstehenden Beurtheile nach gemeinem deutschen Prozeßrecht nicht“, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, T. IV, 1847, p. 27. Vid. también VON STÜRZER, Joseph, *Theoretisch praktische Bemerkungen zum dermaligen bayerischen Civilgerichts-Verfahren*, München 1838, p. 368.

unos autores de otros derivada del uso abusivo del argumento de autoridad propio de la época, si nos remontamos al texto de AZZONE, origen de todo ello, la voluntad del jurista está clara: apartar al juez de su intuición, de su conocimiento privado, a fin de garantizar su imparcialidad y a la postre proteger el derecho de defensa de las partes, que no podrían combatir algo que no conocen: precisamente la intuición del juez o su conocimiento privado, como ya se ha dicho. De ahí que fuera obligatorio poner todas las cartas encima de la mesa en el proceso. Y así fue desde entonces.

4. EL CONTEXTO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

En consecuencia, el principio dispositivo sería una descripción antigua del derecho a la imparcialidad judicial y del derecho de defensa, compendiando dos de los que en mi opinión son los tres derechos básicos del proceso, junto con la cosa juzgada⁵¹. De esa manera, el principio dispositivo, curiosamente, habría sido una descripción arcaica del que después se conoció como *due process of law* o debido proceso en la V Enmienda de la Constitución de los EEUU⁵², cuyo origen está en el *lawful judgment* de la Carta Magna inglesa de 1215, es decir, justamente de la misma época que el *secundum allegata et probata*. Siendo así, este brocardo latino tiene ciertamente una importancia capital para el entendimiento de lo que es el debido proceso en nuestras culturas. Se trata de una simple frase que finalmente ha significado tanto en realidad.

No obstante, para entender lo anterior es importante conocer las circunstancias sociales e históricas en las que fueron pronunciadas esas palabras. En el siglo XIII, cuando escribe AZZONE y pese a la brillantez de este pensamiento suyo —entre otros—, no se hacía auténtica ciencia jurídica. La frase en cuestión ha influido posteriormente a nuestro entendimiento del proceso durante siglos, pero no hay que sobredimensionar ese mérito. Pese al indudable valor de algunos de los trabajos de la época de todos conocidos, que compendiaron y pusieron al día una antigua recopilación romana, lo que hicieron aquellos autores

51 Vid. NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I, Introducción*, Madrid 2014, pp. 125 y ss.

52 *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*

es tratar de adaptar a su tiempo lo que se había dicho en Roma en épocas muy dispares durante casi mil años. Cuando escriben estos juristas medievales lo hacen varios siglos después de la publicación del *Corpus Iuris Civilis*, en un contexto de sociedades rurales dominadas por señores feudales en las que la mayoría de la población era simplemente sierva, mientras algunas personas habían conseguido emanciparse dedicándose a la actividad comercial como artesanos o mercaderes en las ciudades⁵³.

Sin duda, AZZONE escribió para estos últimos, propios del ámbito de la Bolonia⁵⁴ de la época en cuya universidad impartió sus lecciones. Poco antes, el emperador del Sacro Imperio Enrique V había concedido un Diploma en 1116⁵⁵ a la ciudad de Bolonia con el objeto, sobre todo, de desarrollar su actividad comercial concediéndole privilegios tributarios y políticos –entre ellos alguno judicial– que garantizaban su autonomía comunal, lo que facilitó su desarrollo posterior, del mismo modo que sucedió con otras ciudades italianas⁵⁶ como Florencia, Génova, Venecia⁵⁷ o Cremona, donde se supuso acontecido –quizás erróneamente⁵⁸– el nacimiento del procedimiento monitorio en el siglo XIII⁵⁹.

En estas condiciones, no resulta extraño que los juristas de la época pensaran en que los jueces dejaran de ser –en lo posible– delegados de reyes y emperadores, y que en su jurisdicción no fueran arbitrarios, sino que observaran la imparcialidad y garantizaran la defensa de las partes sin reservas mentales de ninguna clase por parte de dichos juzgadores. En el fondo, estaban intentando superar esforzadamente la falta de independencia e imparcialidad propia de la justicia feudal, que anulaba las posibilidades de defensa de las partes. En una sociedad en la que la burguesía buscaba garantías para sus negocios, el juez debía hacer auténtica justicia a las partes, y no adoptar resoluciones arbitrarias.

53 Sobre el tema, vid. COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, Madrid 2011, pp. 203 y ss. CONTAMINE / BOMPARE / LEBECQ / SARRAZIN, *La economía medieval*, Madrid 2000.

54 Lo describe bien BLANSCHÉI, Sarah Rubin, *Politics and Justice in Late Medieval Bologna*, Leiden 2010, pp. 183 y ss. Vid. también PIRENNE, *Storia economica e sociale del Medioevo*, Roma 2012. COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, Madrid 2011, pp. 210.

55 GHIRARDACCI, *Della Historia di Bologna*, Bologna 1956, pp. 60 y ss.

56 FRANCOVICH, Riccardo, “The beginnings of Hilltop Villages in Early Medieval Tuscany”, en AAVV (Davis / McCormick ed.), *The Long Morning of Medieval Europe*, New York 2008.

57 COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. pp. 220-221.

58 NIEVA FENOLL, “Aproximación al origen del procedimiento monitorio”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pp. 197 y ss.

59 SKEDL, Arthur, *Das Mahnverfahren*, Leipzig 1891, p. 31. MAGNOLI, Giovanni B., *Gli ebrei a Cremona*, Firenze 2002

5. EL NUEVO CONTEXTO HISTÓRICO: EL SURGIMIENTO DE LA FIGURA DEL CONSUMIDOR

La economía ha cambiado muchísimo desde entonces. Baste como dato que en la Baja Edad Media los mercaderes, reunidos en gremios, pactaban los precios, los espacios y la calidad de los productos para no incurrir en competencia⁶⁰. Ello acabó generando un elitismo impenetrable en esas estructuras gremiales que se rompe con la Revolución industrial⁶¹ y el liberalismo⁶², que marca el punto final del triunfo de la burguesía frente a la nobleza feudal⁶³, avanzando posteriormente con muy diversos avatares hacia la economía de mercado que hoy conocemos. De ese modo, los antiguos siervos dejaron de serlo en un primer momento porque se convirtieron en burgueses y profesionales liberales a través del estudio sobre todo, y la enorme mayoría de los que no lo hicieron así se transformaron en asalariados, proletarios en terminología marxista.

Sin embargo, la jurisdicción civil nunca pensó hasta época muy reciente en estos últimos, como tampoco había pensado en los siervos en el periodo precedente. Los procesos solían ser entre personas que podían pagarlos, lo que no estaba al alcance de los bolsillos de la clase trabajadora, por lo que quedaban limitados a la burguesía. No fue sino después de la Gran Guerra cuando el sistema, en lugar de basarse sobre todo en las relaciones entre comerciantes, se sustenta primordialmente en el destinatario final al haber empezado a fabricar el comerciante, gracias a los avances tecnológicos, a una escala inimaginable hasta entonces, que abarataba los precios y, en consecuencia, aumentaba las rentas y el consumo⁶⁴. En ese momento, ya hacia los años veinte del siglo XX, gana en importancia un actor que se consolida completamente después de la II Guerra Mundial con el Estado del bienestar iniciado incipientemente antes de dicha guerra⁶⁵, pero que incluso hoy en día cuesta encontrar más de lo que se cree en los procesos judiciales: el consumidor.

60 COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. pp. 209-210.

61 COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. pp. 349 y ss.

62 Un curioso testimonio de lo que sucedió puede hallarse en el documento *Sobre abolición de ordenanzas gremiales y libre ejercicio de las artes* de 28 de septiembre de 1834, que se puede encontrar en https://books.google.es/books?id=OxWgC5Cfd7YC&printsec=frontcover&dq=gremios&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=gremios&f=false

63 Cabe releer a SMITH, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Edinurgh 1843, especialmente en la parte de la fijación de precios, pp. 12 y ss.

64 COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. pp. 516 y ss.

65 COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial*, cit. p. 544.

La entrada de dicho consumidor en el tablero judicial altera los esquemas que se habían producido hasta el momento. Ya no se enfrentan solamente empresarios entre sí en el proceso, sino que se produce una alta posibilidad de litigios entre consumidores y empresarios al ser ambos, sobre todo los primeros, los motores centrales de la actividad económica.

Yes en ese instante en el que uno de los fundamentos esenciales del derecho de defensa corre un serio peligro: la igualdad de partes. Y es que por más que se quiera, un consumidor no acostumbra a ser igual a un mediano o gran empresario, teniendo estos últimos un poder económico con el que no puede competir el consumidor. Por otra parte, el mismo, en la sociedad actual, ha sido inducido a depender de los productos fabricados por el empresariado precisamente para que el sistema puede sostenerse. Y ahí es cuando puede generarse la situación de abuso. El consumidor necesita el producto –la electricidad, un crédito bancario, una línea telefónica, etc–, y el empresario se lo vende pero a veces en condiciones que subrayan la desigualdad entre ambos, produciéndose entonces el abuso que quiere evitar la Directiva 93/13/CEE, así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con su jurisprudencia.

En ese momento, la inteligencia histórica del principio dispositivo deja de ser válida porque se aplica a una situación en la que ni AZZONE ni DURAND pudieron llegar a pensar jamás, porque no era el tipo de litigios que se veía en su época. En nuestro tiempo, en un litigio en el que figuran como partes los consumidores, el principio dispositivo ya no protege a las partes, sino que en realidad privilegia solamente a una de ellas, que puede defenderse mucho mejor que la otra. Si se deja todo el objeto del juicio en poder de los litigantes, lo que puede acabar sucediendo es que una de las partes se apodere completamente de él, dejando a la otra desprotegida. Es por ello por lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lejos de ser sorprendente, tiene toda su razón de ser⁶⁶.

6. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LA ACTIVIDAD OFICIAL DEL JUEZ: LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LAS EXCEPCIONES MATERIALES

Por otra parte, ni siquiera es obvio que el principio dispositivo se oponga a toda actividad oficial del juez. De hecho, si se recuperara la auténtica esencia de la frase de AZZONE, lo cierto es que lo que deberían hacer las leyes es favorecer, como siempre, la imparcialidad y el derecho de defensa. Si lo primero –la imparcialidad judicial– ya no se pone en discusión, está en serio riesgo lo segundo, no debiendo suceder que un principio, el dispositivo, creado para favorecer la defensa, pueda acabar sirviendo para anularla.

Es ahí cuando deben surgir las matizaciones, aunque hay que llamar la atención sobre que las mismas quizás no son obra reciente del Tribunal de Justicia, sino que en realidad son bastante más antiguas. Pese a que existe bastante confusión sobre el particular⁶⁶, en los manuales⁶⁷ y en la jurisprudencia⁶⁸, se acostumbra a afirmar que el juez puede apreciar de oficio las excepciones materiales basadas en hechos impeditivos y extintivos, pero no así las que se fundamenten en hechos excluyentes⁶⁹. Y ello se ha sostenido sin que la doctrina haya destacado en este sentido mengua alguna del principio dispositivo.

En la doctrina alemana, el tema se relaciona con la clasificación de las excepciones entre *Einreden* y *Einwendungen*, que tampoco es unánime entre civilistas y procesalistas⁷⁰, y ni siquiera entre estos últimos⁷¹. Pero si se hace caso de los primeros –no así de los procesalistas⁷²–, las *Einwendungen* serían solamente las basadas precisamente en hechos impeditivos y extintivos⁷³, es decir, las que en la doctrina española se han denominado excepciones impropias o en la italiana

66 Sobre el tema, vid. **MARCOS GONZÁLEZ**, *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, 2011, Cizur Menor 2011, pp. 106 y ss.

67 SATTÀ / PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova 1996, pp. 206-207.

68 Es muy indicativo el resumen que hace CARRATTA, “Comentario al art. 112”, en CARRATTA/TARUFFO, *Poteri del giudice*, Bologna 2011, pp. 218 y ss, que expresa cómo han surgido las mismas divagaciones que en la jurisprudencia española.

69 Vid. CARRATTA, “Comentario al art. 112”, cit. p. 228.

70 ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München 2010, p. 560.

71 STEIN, Friedrich, *Grundriß des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, Tübingen 1928, p. 173.

72 STEIN, *Grundriß*, cit. p. 173, ya decía en su tiempo que la noción procesalista de *Einrede* era más estrecha que la de *Einwendung*, pero más amplia que la de *Einrede* en sentido civilista.

73 JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, München 2011, p. 177.

“defensas”⁷⁴. Y justo estas son las que se podrían apreciar de oficio. STEIN decía que los hechos en que se basa la excepción en estos casos tienen efectos por sí mismos, sin necesidad de alegación⁷⁵, y por esa razón habrían de ser apreciados de oficio. SATTA y PUNZI⁷⁶ argumentan que esa facultad proviene de la simple necesidad de comprobación del juez del hecho constitutivo para dar lugar a la demanda, que se ve suprimido por la presencia de un hecho impeditivo o extintivo.

Aunque esta última declaración también es ambigua, da un poco más de luz al complejo tema. Si se analizan los hechos en que se basan las excepciones, nos encontramos con que los impeditivos serían la incapacidad mental, el defecto de forma legal en el contrato, la vulneración de norma imperativa o la mala fe o el atentado a la moral o al orden público. Hechos extintivos serían el pago o cumplimiento de la obligación, la consignación, la compensación, la condonación, la rescisión, el cumplimiento de una condición resolutoria, la revocación de un derecho y la nulidad por dolo, error o intimidación. En cambio, hechos excluyentes son la prescripción, el no cumplimiento del contrato por parte del demandante –*exceptio non adimpleti contractus*–, la espera o el derecho de retención⁷⁷.

Explicado todo lo anterior, es imprescindible realizar alguna aclaración. Aunque se haya solido decir que el juez puede apreciar de oficio excepciones basadas en hechos impeditivos y extintivos, eso no es del todo exacto, como han señalado JAUERNIG y HESS⁷⁸. En realidad, lo que ocurre es que los hechos en que se basan esas excepciones son apreciables por el juez si constan en el proceso, con independencia de cuál sea el litigante que los haya aportado, alejándose esta cuestión completamente de la institución de la carga de la prueba. Pero ello no quiere decir que el juez pueda iniciar una investigación de oficio en búsqueda de tales hechos⁷⁹, sino solamente que si constan en el proceso no puede ignorarlos, al margen de si el demandado opuso o no la excepción. No obstante, si el demandado

74 CARRATTA, *Comentario al art. 112*, cit. p. 214.

75 Cfr. STEIN, *Grundriß*, cit. p. 173.

76 SATTA / PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit. p. 205. Vid. También CARRATTA, “Comentario al art. 112”, cit. p. 225.

77 En la enumeración he seguido las clasificaciones de ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit. pp. 561-562 y JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, München 2011, p. 176.

78 JAUERNIG / HESS, *Zivilprozessrecht*, cit. p. 177.

79 Cfr. STJUE 9-11-2010, VB Pénczügyi Lizing Zrt. C. Ferenc Schneider, C-137/08.

no quisiera expresamente que se apreciara tal hecho, el juez no podría tomarlo en consideración. Sin embargo, todo ello no sucedería con los hechos excluyentes, ya que están basados en un derecho potestativo o disponible⁸⁰, y si no se quiere restar eficacia a dicho derecho, el juez no lo puede apreciar de oficio⁸¹.

Con esta explicación se mantiene la plena vigencia del principio dispositivo, aunque también se abre la posibilidad de que, en realidad, no exista diferencia alguna entre unos y otros hechos. Lo que se deduce de todo lo anterior es que el juez, por pura lógica, puede conocer la existencia de hechos impeditivos, extintivos, y también excluyentes, si constan en el proceso. Pero solamente si lo desea el demandado podrá apreciar sus efectos jurídicos. Con respecto a los hechos impeditivos y extintivos basta con que el demandado no explicita su voluntad en contra de la apreciación. Si el hecho es excluyente, el demandado debería pedir expresamente esa apreciación. Y esa es la diferencia fundamental entre los dos grupos de excepciones.

En consecuencia, la vigencia del principio dispositivo se hace compatible, no tanto con una matización del principio de aportación de parte, que a mi juicio permanece vigente, sino con una superación de una visión doctrinal lastrada por la antigua concepción de la carga de la prueba inspirada en el sistema de valoración legal de la prueba⁸², y que desde luego ya no tiene valor alguno en el proceso actual. En consecuencia, el *secundum allegata et probata* recobra su sentido original. El juez sólo decide en virtud de lo que conoce a través del proceso, y no más allá.

Aplicando todo lo anterior al tema que nos ocupa en este artículo, se plantea la posibilidad de si la alegación de la abusividad de la cláusula, como tal, entra dentro de las categorías de hechos objeto de excepción que el juez podría apreciar de oficio si le son conocidos por la documentación que se aporta a las actuaciones del proceso, aunque el demandado no haya opuesto tal abusividad. Es decir, se abre la cuestión de si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supone una novedad absoluta en nuestros ordenamientos,

80 ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Cizur Menor 2013, p. 311.

81 Con respecto a la no apreciación de oficio de la prescripción, vid. ARROYO AMAYUELAS, “Efectos de la prescripción extintiva”, en AAVV, *La prescripción extintiva*, Valencia 2014, pp. 244 y ss.

82 Vid. NIEVA FENOLL, “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”, *Ars Iuris Salmanticensis*, 2017, en prensa, p. 13.

como se ha dicho con reiteración, o simplemente lo que ha hecho el Tribunal de Justicia es aplicar de un modo correcto y escrupuloso la antigua –y vigente– teoría de las excepciones. Veámoslo.

7. PUEDE ENCUBRIR LA CLÁUSULA ABUSIVA UN VICIO DEL CONSENTIMIENTO?

El Tribunal de Justicia canceló toda posible discusión sobre la naturaleza de la abusividad al afirmar desde 2010 que se trataba de un tema de orden público⁸³. Si es una cuestión de orden público, ese concepto sustenta nada menos que un hecho impeditivo que, en consecuencia, puede ser apreciado por el juez de propia iniciativa si la abusividad surge de las actuaciones procesales y el demandado no se opone a ello⁸⁴. Dado que dicha abusividad posee un soporte documental indubitado en el contrato de consumo, esa apreciación es verdaderamente muy sencilla. Por tanto, tema zanjado.

La cuestión es que la decisión ha despertado una sonora polémica que, a mi juicio, está mal enfocada. La doctrina⁸⁵ se ha lamentado de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pone en cuestión el principio dispositivo⁸⁶, cuando como se acaba de demostrar en el epígrafe anterior, el principio dispositivo no sufre daño alguno, sino que es reconducido por esta jurisprudencia a sus originales fronteras. Sentado lo anterior, lo que sí puede ser debatible es si la abusividad podría implicar algo más incluso, además de ser una cuestión de orden público.

Personalmente, teniendo en cuenta que el consumidor, como ya se dijo, es la base esencial de nuestra actual economía de mer-

83 ATJUE 16-11-2010, Pohotovost' s. r. o. c. Iveta Korčkovská. C-76/10. STJUE 30-5-2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito c. Jahani BV. Vid. al respecto EBERS, M., „From Océano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Iudicata”, *European Review of Private Law*, 4, 2010, pp. 823 y ss.

84 Importante matización, porque de ese modo no se pone en cuestión el principio de aportación de parte. Cfr. SAARE / SEIN, “Amtsermittlungspflicht der nationalen Gerichte bei der Kontrolle von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen”, 2013, *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 17-20.

85 Aunque no unánimemente. Vid. ACHÓN BRUÑÉN, “Soluciones a problemas que en la praxis plantea la apreciación judicial de oficio de cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca”, *Práctica de Tribunales*, n. 118, enero-febrero 2016, p. 3. FERNÁNDEZ SEIJO, “Tutela de oficio por el juez en los procedimientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n. extraordinario 2014, p. 187. FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA e.a., *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Barcelona 2014, p. 45. MARCOS GONZÁLEZ, *La apreciación de oficio*, cit. p. 233. Con algún matiz, SAARE / SEIN, “Amtsermittlungspflicht der nationalen Gerichte bei der Kontrolle von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen”, cit. p. 20.

86 Aunque en un supuesto distinto, vid. MIQUEL SALA, “Verbraucherschutz auf Kosten der Dispositionsmaxime: War das erforderlich? Zugleich eine Besprechung der Rs C-32/12 (Duarte Hueros)”, 2014, *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 178 y ss.

cado, no veo objeción alguna a que su protección sea un tema tan esencial para la Unión Europea que la protección de su posición se eleve de rango al máximo, como si existiera, como quizás debería existir, un derecho fundamental⁸⁷ del consumidor a obtener protección eficaz, específica y reforzada, más allá de la vigencia de los derechos actuales reconocidos en nuestras constituciones.

Ahora bien, con el derecho vigente en la mano quizás hubiera podido seguirse un camino paralelo, o incluso complementario. La abusividad, a mi juicio, encubre con enorme frecuencia un engaño, o al menos un error, y quizás incluso una situación que se acerca tímidamente a la intimidación.

Como antes se explicó, el consumidor no tiene otra opción que aceptar las condiciones del empresario si desea obtener el bien de consumo que necesita. La necesidad puede ser más imperiosa, como la de dinero para la compra de una vivienda, o la adquisición de electricidad, gas, agua, o libros para su actividad laboral. O algo menos urgente, pero igualmente relevante en nuestras sociedades actuales, como ocurre con cualquier otro bien de consumo si la persona desea sentirse integrada en la sociedad en la que vive. De hecho, son las propias empresas productoras las que inducen la existencia de algo tan sumamente estúpido como la “moda”, precisamente para conseguir vender más y si es posible a mayor precio. Y lo cierto es que no es nada fácil sustraerse a esa corriente claramente restrictiva de la libertad individual que representa la “moda”. Finalmente, las personas *necesitan* tener un teléfono móvil, un ordenador, ropa “moderna”, y desde luego una casa lo más estable posible que disponga de electricidad y agua al menos. No es fácil escapar de todo ello salvo que uno quiera convertirse en una especie de ermitaño⁸⁸.

El paso siguiente consiste en aceptar las condiciones que ponga el empresario una vez condicionado psicológicamente el consumidor por la presión social de la “moda”, o bien por la imposibilidad de localizar otro empresario con condiciones más

87 Parecido al principio rector existente en el art. 51 de la Constitución española. Cfr. DELLA NEGRA, “The Uncertain Development of the Case Law on Consumer Protection in Mortgage Enforcement Proceedings: Sánchez Morcillo and Kušionová”, 2015, 52 *CMLR*, p. 1030-1031.

88 Llegándose a generar la exclusión o incluso la anorexia. Vid. URIBE MERINO, *Anorexia. Los factores socioculturales de riesgo*, Medellín 2007, p. 162. Sobre las “temporadas”, vid. RIVIÈRE, *Historia informal de la moda*, 2013.

favorables. Puede llegarse incluso a un engaño directo prometiéndole un rendimiento económico que finalmente no se produce, como sucede con los *swaps* –dependiendo de cómo se explicaran al consumidor– o con la publicidad agresiva engañosa⁸⁹ de cualquier producto. O al menos el error⁹⁰.

Si todo ello es así, las cláusulas abusivas encubren habitualmente un vicio del consentimiento, que podría haber sido apreciado de ese modo, sin perjuicio de recurrir al concepto de orden público, para que el juez hubiera podido apreciarlo de oficio siguiendo lo que hace mucho tiempo que mantiene la doctrina al respecto de las excepciones basadas en hechos extintivos, y que ya quedó explicitado.

El final del camino hubiera sido el mismo, la posibilidad de apreciación de oficio de las cláusulas abusivas. Pero el resultado hubiera sido aún más revelador de lo que hace un empresario con una política comercial agresiva acompañada de publicidad engañosa: incurrir en dolo o al menos inducir a error al contratante. Hace siglos que dichos vicios anulan el consentimiento. No es, por tanto, una novedad del siglo XXI, y mucho menos una ocurrencia del Tribunal de Justicia.

No obstante, desde el punto de vista práctico proceder de ese modo hubiera tenido más dificultad al tener que entrar en la difícil cuestión de la vulnerabilidad del contratante, por muy generalizable que sea en el caso de los consumidores, lo que hubiera dificultado su apreciación de oficio, por cierto. Además, desde el punto de vista político, ciertamente, hubiera sido mucho más grave acusar directamente de engaño a tantas grandes empresas, por lo que, finalmente, parece prudente la decisión del Tribunal de Justicia de acudir al concepto de orden público para cerrar la cuestión consiguiendo la protección del consumidor, que es la principal prioridad. ❖

89 STS 16/2017, 16-1-2017. Sobre las condiciones para la concurrencia de dolo vid. también STS 266/2016, 21-4. STS 834/2009, 22-12.

90 STS 250/2017 25-4. STS 229/2017, 6-4. STS 174/2017 13-3.