

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 19

FERRAZ 41
Tfno.: 91 493 3815-16-86-87 Fax: 91 493 38 85
N.I.G. 28000 1 4013510 /2012

ROLLO DE APELACIÓN RECURSO DE APELACION 811 /2012

Autos: MONITORIO 906 /2012

Juzgado de 1ª Instancia número JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 92 de MADRID

De: FINANCIERA EL CORTE INGLES E.F.C. S.A.

Procurador/es: LAURA MARTIN GARAY

Contra:

Procurador/es:

A U T O

**Magistrado ponente: ILMO. SR. D. GUILLERMO RIPOLL
OLAZÁBAL, quien asume la ponencia.**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a Ana María Ferrer García (Presidenta de la Audiencia Provincial)
D. Epifanio Legido López (Magistrado Sección 19^a)
D. José Luis Durán Berrocal (Presidente Sección 9^a)
D. Modesto Bustos Gómez Rico (Presidente Sección 13^a)
D. Carlos Cezón González (Magistrado Sección 13^a)
D. Lorenzo Pérez San Francisco (Magistrado Sección 18^a)
D. Antonio García Paredes (Presidente Sección 11^a)
D. José González Ollero (Magistrado Sección 13^a)
D. Guillermo Ripoll Olazábal (Presidente Sección 21^a)
D. Nicolás Díaz Méndez (Presidente Sección 19^a)
D. Pablo Quecedo Aracil (Presidente Sección 14^a)
D. Pedro Pozuelo Pérez (Magistrado Sección 18^a)
D. José M^a Torres Fernández De Sevilla (Magistrado Sección 12^a)
D^a Rosa María Carrasco López (Magistrada Sección 21^a)
D. Ramón Belo González (Magistrado Sección 21^a)
D. Fernando Delgado Rodríguez (Presidente Sección 25^a)
D. Ramón Ruiz Jiménez (Magistrado Sección 19^a)
D. José M^a Guglieri Vázquez (Magistrado Sección 25^a)
D^a Amparo Camazón Linacero (Magistrada Sección 14^a)
D^a Purificación Martínez Montero de Espinosa (Presidenta Sección 20^a)
D. Miguel Ángel Lombardía del Pozo (Magistrado Sección 19^a)
D. Juan Uceda Ojeda (Magistrado Sección 14^a)
D. José Luis Díaz Roldán (Presidente Sección 12^a)
D. José Luis Zarzo Olivo (Magistrado Sección 13^a)
D. Juan Vicente Gutiérrez Sánchez (Magistrado Sección 20^a)
D. Jesús Gavilán López (Presidente Sección 8^a)
D^a Almudena Cánovas del Castillo Pascual (Magistrado Sección 21^a)
D. Jesús Celestino Rueda López (Magistrado Sección 18^a)
D^a Guadalupe De Jesús Sánchez (Presidenta Sección 18^a)
D. Ramón F. Rodríguez Jackson (Magistrado Sección 20^a)
D. Juan Luis Gordillo Álvarez-Valdés (Magistrado Sección 9^a)
D^a Paloma García De Ceca Benito (Magistrada Sección 14^a)
D. Ángel Luis Sobrino Blanco (Magistrado Sección 25^a)
D^a Carmen García De Leaniz Cavalle (Magistrada Sección 8^a)
D. Ángel Vicente Illescas Rus (Magistrado Sección 10^a)
D. Cesáreo Duro Ventura (Magistrado Sección 11^a)
D. Juan Ángel Moreno García (Magistrado Sección 9^a)
D. Carlos López-Muñiz Criado (Magistrado Sección 25^a)
D. Fernando Herrero De Egaña y Octavio de Toledo (Magistrado Sección 12^a)
D^a M^a Isabel Fernández del Prado (Magistrada Sección 10^a)
D^a Ana María Olalla Camarero (Magistrada Sección 12^a)
D^a M^a del Pilar González Vicente (Magistrada Sección 8^a)
D^a Margarita Vega de la Huerga (Magistrada Sección 11^a)
D^a M^a Josefa Ruiz Marín (Magistrada Sección 10^a)
D^a M^a Victoria Salcedo Ruiz (Magistrada Sección 8^a)
D. José M^a Pereda Laredo (Magistrado Sección 9^a)
D. Rafael Reyes Sainz de la Maza (Magistrado Sección 20^a)
D. Gregorio Plaza González (Magistrado Sección 28^a)
D. Ángel Galgo Peco (Presidente Sección 28^a)
D. Alberto Arribas Hernández (Magistrado Sección 28^a)
D. Enrique García García (Magistrado Sección 28^a)
D. Pedro M^a Gómez Sánchez (Magistrado Sección 28^a)

En Madrid, a cuatro de marzo del año dos mil trece.

El Pleno de los Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, constituido con carácter jurisdiccional, compuesta por los Srs. Magistrados al margen reseñados, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio monitorio, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 92 de los de Madrid bajo el núm. 906/2012 y en esta alzada con el núm. 811/2012 de rollo, en el que ha sido parte como apelante, la entidad Financiera El Corte Inglés, E.F.C, S.A., representada por la Procuradora Doña Laura Martín Garay y dirigida por la Letrada Doña Pilar López Díaz.

Se aceptan y se dan por reproducidos, en lo esencial, los antecedentes de hecho de la resolución recurrida, en cuanto se relacionan con la presente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos más arriba indicados, con fecha 16 de Julio de 2012 se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "No ha lugar a admitir la petición inicial de juicio monitorio presentada por Financiera El Corte Inglés E.F.C representado (sic) por representado por el Procurador Laura Martín Garay frente a Estrella V. [REDACTED] C. [REDACTED]."

SEGUNDO.- Contra dicho auto por la representación procesal de la entidad Financiera El Corte Inglés, E.F.C, S.A. se interpuso recurso de apelación, que fundamenta haciendo indicación al contrato de que trae causa la reclamación que formula, contrato que, indica, fue firmado libre y voluntario por el deudor frente al que dirigió el procedimiento, sin interponer reclamación ni alegar nada en contrario y ante los impagos a las fechas de sus respectivos vencimientos solicitó a la instante del monitorio, la renegociación del total de la deuda para su pago a plazos, para lo que se ofreció contrato, que también incumplió, partiendo de ello la reclamación que a

través del monitorio se formula, no siendo cierto que se estén reclamando intereses, sino el importe total del recibo tal cual, siendo los interés que se reclaman los pactados; haciendo valoración de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que auto recurrido se ampara, relación con otras de interno, para terminar suplicando se dicte resolución por la que se tenga por admitida a trámite la demanda (sic) de juicio monitorio, dando a la misma su curso legal.

TERCERO.- Por interpuesto que fue el mencionado recurso, se remiten los autos a esta Audiencia, con fecha registro de entrada del día 3 de Octubre de 2012, correspondiendo por turno de reparto el conocimiento del recurso a esta Sección, en la que se formó el oportuno rollo, se designó Ponente conforme al turno previamente establecido y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se señaló para deliberación y votación, la que tuvo lugar el pasado día veintiséis de Noviembre de 2012, deliberación que ante la trascendencia y repercusión del asunto a tratar, se acordó suspender y librar oficio a la Ilma. Sra. Presidente de esta Audiencia a fin de si lo estimaba oportuno acordara llevar el conocimiento del recurso, previa convocatoria al efecto, al Pleno de los Magistrados de las Secciones Civiles, lo que así se acordó señalando para deliberación y votación para el día 13 de Febrero próximo pasado en que tuvo lugar; y a la vista del resultado de la votación se designa Ponente al Ilmo. Sr. D. Guillermo Ripoll Olazábal.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Financiera El Corte Inglés E.F.C., S.A. presentó una petición inicial de procedimiento monitorio contra D^a Estrella V [REDACTED] C [REDACTED] en reclamación de cantidad, proviniendo la deuda, según la petición, de un contrato de financiación suscrito con la deudora.

El Juzgado de Primera Instancia número 92 de Madrid, a quien correspondió el conocimiento del asunto, deniega la admisión de la petición inicial de juicio monitorio presentada

porque entiende en base a la sentencia de 14 de junio de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el juicio monitorio es cauce procesal inadecuado para la reclamación de cantidad que se efectúa, derivada de un contrato celebrado con un consumidor, en cuanto que impide examinar la concurrencia de cláusulas abusivas.

Debe resaltarse que no se trata de que el Juzgador considere que alguna cláusula general del contrato de financiación sea abusiva y entienda que el ámbito del proceso monitorio español le impide declarar de oficio la nulidad de dicha cláusula, sino que ante la hipotética posibilidad de que el contrato de financiación pudiera contener cláusulas abusivas, como en opinión del Juzgador la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea impide el examen y declaración de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas estipuladas en perjuicio del consumidor en el proceso monitorio, opta por no admitir a trámite la petición inicial del proceso monitorio.

SEGUNDO.- Para enfocar adecuadamente la cuestión planteada debemos partir de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declara que los jueces nacionales deben apreciar de oficio, en una intervención positiva ajena a las partes del contrato, el carácter abusivo de las cláusulas contractuales estipuladas en perjuicio de los consumidores.

La propia sentencia de 14 de junio de 2012 -Banco Español de Crédito- es clara al respecto cuando declara en sus apartados 39 a 43 lo siguiente "39. Para responder a esta cuestión, procede recordar de inmediato que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas

(sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C 240/98 a C 244/98, Rec. P. I 4941, apartado 25; de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C 168/05, Rec. p. I 10421, apartado 25, y de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, Rec. p. I 9579, apartado 29).

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

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

42. Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véanse, en este sentido, las sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 38; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C 243/08, Rec. p. I 4713, apartado 31; Asturcom

Telecomunicaciones, antes citada, apartado 32, y VB Pénczügyi Lizing, antes citada, apartado 49).

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

En idénticos términos se había pronunciado el Tribunal en la sentencia de 26 de octubre de 2006 -Mostaza Claro- al declarar en sus apartados 25 a 29 que "25. El sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941, apartado 25).

26. Esta situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 27).

27. A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objeto contemplado en su artículo 7, ya que dicho

examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citadas, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32).

28. Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos (sentencias, antes citadas, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 26, y Cofidis, apartado 33).

29. De esta forma, la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los Tribunales le disuadan de defenderlos (sentencia Cofidis, antes citada apartado 34)."

En el mismo sentido las sentencias de 27 de junio de 2000 -Murciano Quintero- en sus apartados 25 a 29, 21 de noviembre de 2002 -Cofidis- en sus apartados 32 a 34, y 6 de octubre de 2009 -Asturcom- en sus apartados 29 a 32.

Pero no solo esto, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea equipara la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, y por tanto la nulidad de las cláusulas abusivas estipuladas en perjuicio de los consumidores, con las normas que en el ordenamiento jurídico interno tienen el carácter de orden público.

Así lo declaró en la sentencia de 6 de octubre de 2009 -Asturcom- al expresar en su apartado 52 que "Así pues, dadas

la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público.” ; y en el mismo sentido se había pronunciado la sentencia de 26 de octubre de 2006 -Mostaza Claro- al indicar en sus apartados 35 y 38 lo siguiente: “ 35. No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo (véase, en este sentido, la sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 37).

38. Además, la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.”

TERCERO.- Tiene declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que a falta de normativa comunitaria en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario genera a favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos

por el ordenamiento jurídico comunitario -principio de efectividad- (sentencias de 26 de octubre de 2006 -Mostaza Claro- apartado 24, 6 de octubre de 2009 -Asturcom- apartado 38, y 14 de junio de 2012 -Banco Español de Crédito- apartado 46).

CUARTO.- Desde esta perspectiva podemos analizar algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que guardan relación con el caso examinado.

- A) La sentencia de 27 de junio de 2000 -Murciano Quintero- se dicta a causa de varias cuestiones prejudiciales plantadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona que conocía de diversos juicios de cognición que estaban afectados por una cláusula de sumisión expresa de competencia territorial, planteando el Juzgado como cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si el ámbito de protección al consumidor de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores permitía al juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas al realizar la valoración previa a la admisión a trámite de una demanda ante los Juzgados ordinarios.

La sentencia hace dos pronunciamientos, ambos de directa aplicación al supuesto analizado en este recurso. En primer lugar declara que la protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales; y en segundo lugar, y de especial aplicación a este caso, declara que al aplicar las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva, el órgano jurisdiccional nacional, debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la

finalidad de dicha Directiva. La exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva.

B) La sentencia de 21 de noviembre -Cofidis- se dicta a consecuencia de una cuestión prejudicial plantada por el Tribunal d'Instance de Vienne (Francia). Según se desprende de su texto, en el ordenamiento procesal francés existía una norma que impedía declarar de oficio o a instancia del consumidor el carácter abusivo de una cláusula contractual una vez expirado determinado plazo de preclusión, declarando el Tribunal que la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores, se oponía a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohibiese al Juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio, o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato.

C) La sentencia de 26 de octubre de 2006 -Mostaza Claro- (primer caso AEADE), obedece a una cuestión prejudicial planteada por esta Audiencia Provincial de Madrid. En el curso de un procedimiento de anulación de un laudo arbitral se planteó la cuestión de si la protección de los consumidores de la Directiva 93/13/CEE podía implicar que el Tribunal que conocía del recurso de anulación contra un laudo arbitral apreciase la nulidad del convenio arbitral y anulase el laudo por estimar que dicho convenio arbitral contenía una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor, cuando esa cuestión se alegaba en el recurso de anulación pero no se había opuesto por el consumidor en el procedimiento arbitral.

El tribunal en su sentencia declara que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con

consumidores, debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aún cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación.

D) La sentencia de 6 de octubre de 2009 -Asturcom- (segundo caso AEADE) no deja de ser la más curiosa. Responde a una cuestión prejudicial plantada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Bilbao en un procedimiento de ejecución forzosa de laudo arbitral en la que se suscitaba si la protección de los consumidores de la Directiva 93/13 podía implicar que el Tribunal que conocía de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme, dictado sin la comparecencia del consumidor, apreciase de oficio la nulidad del convenio arbitral y en consecuencia anulase el laudo por estimar que dicho convenio contenía una cláusula arbitral abusiva en perjuicio del consumidor.

Sobre la resolución planea el principio de cosa juzgada que afectaba al laudo arbitral, y eso que el Gobierno español mantuvo que el Juez que conocía del procedimiento de ejecución del laudo arbitral firme era competente para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional por ser tal cláusula contraria a las normas nacionales de orden público (apartado 55).

Atendiendo a los ya mencionados principios de equivalencia y efectividad, la sentencia estima que no afectaría al principio de efectividad las normas procesales establecidas por el régimen español de protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas, pero al analizar el principio de

equivalencia es cuando equipara la protección que la Directiva otorga a los consumidores con las normas que el ordenamiento jurídico interno considera de orden público, con la conclusión, cuya finalidad parece bastante obvia, de que en la medida de que el Juez nacional que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme deba, con arreglo a las normas procesales internas, apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público, está igualmente obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula desde el punto de vista del artículo 6 de la Directiva, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (apartado 53).

Téngase en cuenta que es un principio general del Derecho que el orden público constituye un límite al ejercicio de los derechos subjetivos, no sólo de carácter sustantivo sino también procesales.

QUINTO.- Y con estos antecedentes se pronuncia la sentencia de 14 de junio de 2012 -Banco Español de Crédito- a causa de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en un procedimiento monitorio.

Es importante resaltar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea va a partir del planteamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona de que la normativa española sobre protección de los intereses de los consumidores y usuarios no faculta a los jueces del proceso monitorio para declarar de oficio, e "in limine litis" la nulidad de las cláusulas abusivas, pues la legalidad de tales cláusulas ha de ventilarse en el correspondiente proceso declarativo, que únicamente se inicia en caso de oposición del deudor (apartado 32, y en relación al mismo los apartados 48 y 52).

Bajo este presupuesto el resultado es previsible. Tal interpretación se considera contraria al principio de

efectividad y se declara que un régimen procesal de este tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 (apartado 53), declarando a continuación la sentencia en sus apartados 55 y 56 que "55. De este modo, bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 34).

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

Efectivamente, el primer pronunciamiento de la sentencia de 14 de junio de 2012 declara expresamente que "La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con

consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.”

Pero como ya dijimos en nuestro fundamento jurídico tercero no es la propia función del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretar el ámbito de los procedimientos procesales nacionales, aunque cuando la interpretación que consideren adecuada los Tribunales nacionales atente a los principios de equivalencia y efectividad, así lo declarará el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo dice claramente el apartado 46 de la sentencia analizada al expresar que “A este respecto, procede declarar que, al no existir armonización de los mecanismos nacionales de cobro de créditos no impugnados, las normas de aplicación de los procesos monitorios nacionales, corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, pero siempre que tales normas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38).”

Por tanto, si se entiende, en contra del planteamiento inicial de la Audiencia Provincial de Barcelona al suscitar la cuestión prejudicial, que en la fase inicial del procedimiento

monitorio español, en el momento de decidir su admisión a trámite, se puede examinar de oficio por el Juzgador el carácter abusivo de las cláusulas contractuales estipuladas en perjuicio del consumidor, con las consecuencias procedentes en caso de apreciar la nulidad de las cláusulas abusivas, todo el problema desaparece con sencillez. Nos ajustamos al criterio jurisprudencial expuesto en el fundamento jurídico segundo acerca de la apreciación de oficio, en una intervención positiva ajena a las partes del contrato, del carácter abusivo de las cláusulas contractuales estipuladas en perjuicio de los consumidores; interpretamos la normativa nacional del procedimiento monitorio a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva comunitaria, como nos pedía la sentencia de 27 de junio de 2000 -Murciano Quintero-; y salvamos el proceso monitorio español, que de otra forma recibiría una carga de profundidad que afectaría seriamente a su estabilidad, amén de las implicaciones que una postura contraria tendría en el ámbito del proceso monitorio europeo aprobado por Reglamento CE 1896/2006 de 12 de diciembre de 2006.

Pues, el pronunciamiento primero de la sentencia de 14 de junio de 2012 es tributario del enfoque que sobre el ámbito del proceso monitorio español presenta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la Audiencia Provincial de Barcelona, que plantea la cuestión prejudicial, y no puede tener otro sentido ni limitar, menos aún, una interpretación del proceso monitorio español acorde con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y con la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SEXTO.- Por todo ello, el criterio de esta Audiencia Provincial de Madrid, reunida en pleno, es que procede estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar y dejar sin efecto el auto recurrido, para que el Juzgador "a quo" pueda examinar de oficio la concurrencia de cláusulas abusivas en

perjuicio del consumidor estipuladas en el contrato de financiación, y de apreciarlas pueda declarar su nulidad, con las consecuencias en el contrato a que haya lugar y estime pertinentes, y derivadamente en la petición de procedimiento monitorio.

Y aquí debe quedarse nuestra resolución, sin ir más allá, pues a tenor del auto impugnado desconocemos si el Juzgador "a quo" pudiera considerar alguna cláusula del contrato de financiación afectada de nulidad por ser abusiva, en su caso cual cláusula pudiera ser, y su incidencia sobre el contenido del contrato, por lo que resulta prematuro pronunciarse sobre el carácter abusivo de determinadas cláusulas contractuales, las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula contractual por abusiva, o la incidencia de tal declaración de nulidad sobre el contenido general del contrato. De todas formas, como esta resolución abre el examen de oficio por el Juzgador de la nulidad de las cláusulas contractuales por abusivas en perjuicio del consumidor -somos conscientes de ello-, es de suponer que tiempo tendremos para pronunciarnos acerca de todas esas cuestiones.

SEPTIMO.- A tenor de lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se efectúa especial imposición de las costas de este recurso.

VISTOS los preceptos de pertinente aplicación

La Audiencia Provincial de Madrid, reunida en Pleno,

ACUERDA:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por Financiera El Corte Inglés E.F.C., S.A. contra el auto dictado

el 16 de julio de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia nº 92 de Madrid, en procedimiento monitorio de que este rollo dimana, y revocar y dejar sin efecto la citada resolución, para que por el Juzgado se pueda examinar de oficio la concurrencia de cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor estipuladas en el contrato de financiación, y de apreciarlas pueda declarar, también de oficio, su nulidad, con las consecuencias en el contrato a que haya lugar y estime pertinentes, y derivadamente en la petición de procedimiento monitorio; sin especial imposición de las costas de este recurso.

Devuélvase a la parte apelante el depósito constituido para recurrir.

Contra este auto no cabe recurso

Así por esta resolución, de la que se llevará certificación literal al rollo de su razón y al procedimiento de que dimana, lo acuerdan y firman los Srs. Magistrados al margen reseñados.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula el Ilmo. Sr. Magistrado, D. Nicolás Díaz Méndez, de acuerdo con los artículos 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 205 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil EDL2000/77463, y debidamente anunciado en la oportuna deliberación, en relación con el auto recaído en el rollo de apelación núm. 811/2012, procedente de la Sección 19ª, Audiencia Provincial de Madrid, y dictado por el Pleno de los Magistrados de sus Secciones Civiles en actuación jurisdiccional.

De la referida resolución, en la que se expresa la decisión mayoritaria del Tribunal, comparto sus antecedentes de hecho y los párrafos primero y segundo del fundamento de derecho primero, así como del fundamento segundo en cuanto remite y recoge los apartados 39 a 43 de la Sentencia de 14 de Junio de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo TJUE), y también con el resto de jurisprudencia que del mismo Tribunal recoge en su Fundamento de Derecho Cuarto, de los que destaco no sólo su exhaustividad sino también su rigor técnico, centrando mi discrepancia en cuando a la conclusión que de la misma se extrae para la aplicación al supuesto de que se trata, la que fundamento en:

PRIMERO: No es cuestionable que a la luz de la jurisprudencia recogida en el auto del que parcialmente discrepamos, el Juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 para así subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, y así lo refleja la STJUE de 12 de Junio de 2012, que expresamente señala como el art. 6 apartado 1 de la citada Directiva en cuanto prevé que las cláusulas abusivas no

vincularán al consumidor, disposición de carácter imperativo, para añadir que la protección a que aspira la Directiva 93/13, como ya ha señalado el Tribunal, es que la situación de desequilibrio entre profesional y consumidor sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes en el contrato, siendo que a la luz de tales principios el TJUE ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional; para seguidamente señalar, por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de la cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, para seguidamente recoger la indicada STJUE que el caso en que se plantea la decisión prejudicial se distingue de los asuntos precedentemente citados, por el hecho de que versa sobre la definición de las responsabilidades que, en virtud, de las disposiciones de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional, en el marco de un proceso monitorio, antes de que el consumidor haya formulado oposición, es decir distingue lo general de lo especial, juicio monitorio en que se plantea la cuestión prejudicial y en él o para el caso concreto declara que al no existir armonización de los mecanismo nacional de cobro de crédito no impugnados, las normas de aplicación de los procesos monitorios nacionales corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal, pero (destacamos este pero como conjunción adversativa como concepto que se contrapone a otro diverso) siempre que tales normas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la

práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (hace cita de dos sentencias).

Y descendiendo al examen del sistema español regulador del juicio monitorio, indica, apartado 48, que no sólo no permite al juez nacional que conoce de la demanda (solicitud) de juicio monitorio, examinar de oficio in limini litis el carácter abusivo con arreglo al art. 6 de la Directiva 93/13 de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando éste último no haya formulado oposición, sino que tampoco le permite pronunciarse sobre si tal cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo cual incumbe verificar, no obstante, al tribunal nacional.

Examina el TJUE el proceso o juicio monitorio según contempla la LEC, destacando que las exigencias contenidas en el art. 812 de ésta y examen de los arts. 815.1 y 818 apd.1, apartado 52, que sólo permiten o se circunscriben, indica, al examen de los requisitos formales para iniciar el procedimiento, con consecuente, caso favorable, de requerimiento de pago con carácter ejecutivo, sin poder examinar -in limine litis ni en ninguna fase el procedimiento- la procedencia de la demanda a la luz de los datos de que disponga, salvo el caso de oposición, que debe ir necesariamente firmado por Abogado y Procurador en los litigios cuya cuantía exceda ahora de 2.000 euros.

En el apartado 53 recoge que el régimen procesal que no permite que el juez que conoce de un demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limini litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de

la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 (Sentencia de 21 de Noviembre de 2002, caso Cofidis).

Añadiendo que existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores no afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa pueda disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, el carácter incompleto de la información de que disponen.

En consecuencia declara que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 concede a estos últimos que debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limini litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre interés de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición; lo que así lleva a su parte dispositiva apartado 1.

SEGUNDO: De evidente claridad se nos presenta el contenido y razonamiento de la indicada STJUE de 12 de Junio de 2012, expresándose en términos literosuficientes, ello referido a la regulación del juicio monitorio en el derecho interno cuanto no permite el órgano judicial aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examinar de oficio -in limini litis ni en ninguna fase del

procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre interés de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, lo que declara se opone a la Directiva 93/13/CEE, es decir se pronuncia en ese supuesto concreto; en relación el auto del que en este particular discrepamos señala que no es función del TJUE interpretar el ámbito de los procedimientos nacionales, aun cuando éstos atenten a los principios de equivalencia y efectividad, y acude en apoyo al contenido del apartado 46 de la referida sentencia, mas lo hace prescindiendo de la expresión "pero" que ese mismo apartado recoge y más arriba destacábamos, lo que pretende salvar atendiendo a que si en la fase inicial se estima por el Juzgador el carácter abusivo de las cláusulas contractuales estipuladas en perjuicio del consumidor, con las consecuencias procesales en caso de apreciar la nulidad de las cláusulas abusivas, todo el problema desaparece, y haciéndolo así se salva el proceso monitorio español, con referencia a la importancia que una postura contraria tendría en su ámbito, se añade que la STJUE es tributaria del enfoque sobre el procedimiento monitorio se la presenta la Audiencia Provincial de Barcelona, que plantea la cuestión prejudicial, y es cierto que la Audiencia hace el planteamiento, pero también lo es que el mismo no es aceptado de forma meramente formal por el TSJU, pues como hemos dejado reflejado, éste en su sentencia examina la regulación del juicio monitorio en el derecho interno español; discrepamos en consecuencia del auto de la mayoría, que entendemos dotado de una gran carga voluntarista, para eludir las consecuencias de la aplicación de la STJUE, y lo hace indicando que si se entendiera de forma distinta la regulación del juicio monitorio, se evitaría esas consecuencias, argumentación que no estimamos aceptable, por cuanto las normas procesales son de orden público y por ende de estricta observancia tanto para las partes como para los tribunales, que no sólo no pueden crear trámites procesales no previstos, salvo a efectos de subsanación, sino eludir la

interpretación de normas procesales realizada, por quien se encuentra dotado de facultad para ello, como más adelante examinaremos, para realizarla de forma contraria.

TERCERO: En relación con lo precedentemente expuesto hemos de acudir al sentido, naturaleza y eficacia de la cuestión prejudicial, de la que se ha llegado a decir que la competencia prejudicial atribuida al TJUE constituye, posiblemente, la pieza más importante del sistema jurisdiccional establecido para la UE, constituyendo un elemento muy útil en el sistema de organización jurisdiccional descentralizado, basado en el principio de cooperación, competencia la referida que expresamente viene conferida al TJUE con el designio de hacer posible una interpretación unitaria del derecho Comunitario no obstante su aplicación por los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros; pudiendo contraer la cuestión prejudicial planteada tanto a la validez como a la interpretación del derecho interno, dándose en ocasiones estrecha conexión entre una y otra, cual ocurre en el concreto en caso en que se cuestiona la validez en atención a una concreta interpretación, siendo que el TJUE hace interpretación, en los términos que hemos dejado indicados y partiendo de ella cuestiona la validez o adecuación o por mejor decir declara la inadecuación a la Directiva que refiere, con explicación del porqué, para establecer pronunciamiento en los términos que hemos dejado expuestos, no siendo aquellas operaciones distintas, sino secuencias temporales para llegar a una conclusión final, conclusión final reflejada en la sentencia, que vincula con autoridad de cosa juzgada no sólo al órgano que planteó la cuestión prejudicial, que debe aplicar la norma UE de conformidad con la interpretación dada por el TJUE, sino también a los demás órganos judiciales llamados a conocer del mismo litigio, incluidos los de todos los Estados miembros que deban aplicarla, sin perjuicio de que cualquier juez nacional solicite al TJUE un nuevo pronunciamiento sobre la norma en

cuestión aduciendo nuevos argumentos que, de ser estimados, pueden eventualmente generar un cambio de la jurisprudencia del TJUE.

CUARTO: En virtud de todo lo precedentemente expuesto la conclusión que alcanza el Magistrado que suscribe el presente voto particular, es que el auto objeto de recurso debe ser confirmado en su integridad, con desestimación del recurso contra el mismo interpuesto, dando por reproducidos los fundamentos del mismo, lo que expreso a los oportunos efectos, manifestando el profundo respeto y acatamiento al parecer de la mayoría de este tribunal, y firmando conjuntamente con los demás miembros del tribunal la resolución que precede a este voto particular.

Firmado: Nicolás Díaz Méndez

El Ilmo. Sr. Magistrado D. Epifanio Legido López se adhiere a este voto particular.

El Ilmo. Sr. Magistrado D. Ramón Ruiz Jiménez se adhiere a este voto particular.

El Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Lombardía del Pozo se adhiere a este voto particular.

La Ilma. Sra. Magistrada D^a Purificación Martínez Montero de Espinosa se adhiere a este voto particular.