

V.- 1. DRET PROCESSAL DEL CONSUMIDOR. EL TRACTAMENT JUDICIAL DE LES CLÀUSULES ABUSIVES

Carlos Gómez Martínez

I. LA COMPETÈNCIA OBJECTIVA. II. LA COMPETÈNCIA TERRITORIAL. III. EL CONSUMIDOR COM PART. IV. L'OBJECTE DEL PROCÉS: EL CONTROL JUDICIAL DE LES CLÀUSULES ABUSIVES. A) Control d'ofici. B) Control de les parts. C) El contingut de les facultats de control. 1. Control d'abusivitat en sentit estricte. 2. Control d'incorporació. 3. Control de transparència. V. L'ADMISSIÓ DE LA DEMANDA. VI. EL MOMENT PROCESSAL PER AL CONTROL D'OFICI DE LES CLÀUSULES ABUSIVES. VII. MESURES CAUTELARS. VIII. EL TRÀMIT D'AUDIÈNCIA. IX. LA PROVA. X. ELS EFECTES DE LA DECLARACIÓ DE NUL·LITAT DE LA CLÀUSULA ABUSIVA. A) Interessos moratoris. 1. Renúncia al percentatge d'interessos que es considera abusiu. 2. El cas especial dels interessos moratoris d'un préstec garantit amb hipoteca sobre l'habitatge habitual. B) Venciment anticipat. C) Clàusula sòl. XI. CONCLUSIONS

El títol d'aquest discurs demana un aclariment o, més ben dit, un parell, en sentit mallorquí, d'aclariments.

En primer lloc, la protecció del consumidor no és, en principi, un tema de dret processal. Al contrari, des que la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris, va iniciar la regulació en el nostre ordenament jurídic dels drets dels consumidors, aquesta matèria s'havia mantingut en l'àmbit del dret substantiu. No s'han arbitrat expressament processos especials per al tractament d'aquestes qüestions.

Ara bé, en els darrers anys la protecció del consumidor ha tingut una repercussió, també, en el dret processal. Uns dels principis bàsics que justifiquen la legislació de consum és el de la diferència de posicions entre el professional o empresari i el consumidor, desigualtat que pot fer il·lusòria l'autonomia de la voluntat proclamada en l'article 1255 del Codi civil (Cc)

com a fonament de la vinculació de les parts a allò que s'ha pactat en el contracte. Com raona el Tribunal Suprem (TS),¹ la falta d'igualtat, el que anomena «asimetria» entre, per exemple, un banc i l'inversor minorista, és la que justifica que el legislador i, consegüentment, el jutge, intervinguin per «reequilibrar» la situació.

Doncs bé, sembla com si aquesta inicial desigualtat entre les parts que es dona a les relacions de dret material hagués de tenir el seu reflex, també, en el procés i doni peu a una intervenció del jutge més enllà del que seria propi dels principis dispositiu i d'aportació de part que caracteritzen el procés civil. En efecte, sense una correcció de la inicial posició de debilitat del consumidor, es pot reproduir, ara ja dins el procés, la desigualtat entre les parts que justifica, en dret material, la legislació protectora del consumidor. En certs moments processals, com el de l'admissió de la demanda, o el de l'execució, el demandat es trobaria en una situació d'inferioritat respecte del demandant o executant, desigualtat entre les parts processals que faria necessària una intervenció pública, en aquest cas, del jutge, per igualar o reequilibrar la situació.

No cal dir que tot això ha suposat un canvi de model de jutge respecte del més aviat passiu i dependent de les parts que dibuixa la Llei d'enjudiciament civil de 2000 (LEC).

Un segon aclariment té relació amb la paraula «consumidor» utilitzada en singular en el títol d'aquest treball. En efecte, la presència en el procés «del consumidor», així considerat individualment, no havia donat lloc, fins ara, a cap tractament especial. Les especialitats es referien als consumidors en plural, en concret, a les accions col·lectives regulades per primera vegada en el nostre ordenament processal per la LEC de 2000 en el seu article 11. La legitimació de les associacions de consumidors i usuaris per a la defensa dels seus drets i totes les conseqüències que se'n deriven no seran objecte d'aquest treball que es limita a ressenyar algunes novetats en el processos en els quals el consumidor o els consumidors compareixen individualment, principalment com demandats.

Un tercer aclariment és que el «dret processal del consumidor» no es fruit, com tal vegada caldria esperar, d'un disseny legislatiu sistemàtic. Més aviat ha sorgit com a conseqüència de la iniciativa dels jutges, especialment dels jutges d'instància, entesa aquesta, com ho fa el TS, com la primera instància i l'apel·lació, en feliç aliança amb una altra autoritat judicial, però d'àmbit europeu, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, al qual

1.- Vegeu STS de 8 de juliol de 2014.

s'han dirigit els jutges nacionals per plantejar qüestions prejudicials que han donat peu a sentències que, al seu torn, han provocat canvis legislatius i així mateix han transformat els principis del procés civil, tal i com tradicionalment els veníem entenent.

Així, la STJUE de 14 de juny de 2012, la que es pot considerar com desencadenant d'aquest desenvolupament, va interpretar la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, en el sentit que aquesta norma s'oposava a la legislació d'un Estat membre que no permetés al jutge nacional, en un procés monitori, examinar el possible caràcter abusiu d'una clàusula d'interessos moratoris. Aquesta resolució, dictada en qüestió prejudicial interposada per la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona, obliga el jutge a examinar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual, té un abast general, redefeix el paper del jutge en el procés quan el demandat és un consumidor i ha donat lloc a reformes puntuals de la LEC.

Per la seva banda, la STJUE de 14 de març de 2013, va declarar contrari al dret de la Unió que la legislació interna d'un Estat membre no permetés, en un procediment d'execució hipotecària, que el consumidor es pogués oposar al·legant el possible caràcter abusiu de les clàusules del contracte de préstec hipotecari i que tampoc no permetés acordar la suspensió de l'execució. Aquesta sentència ha provocat successives reformes legislatives: la de la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social; la de la Llei 8/2013, de 26 de juny, de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes; la de la Llei 3/2014, de 27 de març, per la qual es modifica el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries; i la de la Llei 9/2015, de 25 de maig, de mesures urgents en matèria concursal. Aquesta nova legislació ha modificat profundament el procés hipotecari per intentar fer compatible la seva eficàcia amb el control de l'eventual caràcter abusiu de les clàusules contingudes en l'escriptura de préstec o crèdit amb garantia hipotecària de l'habitatge habitual en base a la qual es despatxa l'execució.

L'existència d'una clàusula eventualment abusiva és la nota que delimita, objectivament, el camp d'estudi d'aquest treball. En efecte, si subjectivament consideràvem com a dret processal del consumidor el que fa referència als litigis en els quals es dona la presència d'un consumidor com a part, objectivament el concepte es delimita perquè la controvèrsia versa, total o parcialment, sobre el control de l'abusivitat d'alguna clàusula d'un contracte celebrat pel consumidor.

S'ha de dir que el TS no ha tingut ocasió de dictar jurisprudència en alguns d'aquests temes ja que les qüestions suscitées –inadmissió de demandes o peticions de monitori i resolucions en matèria d'execució hipotecària– es decideixen mitjançant interlocutòria² que, com és sabut, és un tipus de resolució judicial que no té accés a la cassació. En altres casos, però, l'Alt Tribunal sí s'ha pronunciat, amb sentències de gran transcendència, com veurem més endavant.

I s'ha de dir, també, que el Tribunal Constitucional (TC) no ha estat en aquesta ocasió a l'alçada de les circumstàncies, que no ha jugat en aquest tema un paper semblant al que va representar durant els anys vuitanta, quan va modernitzar i adaptar a la Constitució el nostre procés penal, el de l'antiga Llei d'enjudiciament criminal de 1882 introduint-hi les aleshores noves garanties i drets fonamentals. El TC no ha fet ara el mateix en relació amb el procés civil i la protecció del consumidor en la situació de crisi econòmica que hem vingut patint.

En efecte, resulta significatiu que en la seva interlocutòria 71/2014, de 10 de març, el TC decidís no admetre a tràmit la qüestió d'inconstitucionalitat que li havia plantejat el Jutjat de Primera Instància núm. 7 d'Avilés, sobre compatibilitat del procés hipotecari espanyol amb la Constitució perquè la legislació processal interna impedia el consumidor interposar recurs d'apel·lació contra la interlocutòria que desestima l'oposició fonamentada en el caràcter abusiu d'una clàusula contractual. El ple del TC va fonamentar la inadmissió de la qüestió tot afirmant que:

«En definitiva, en el Auto de planteamiento falta una determinación concluyente del juicio de aplicabilidad y relevancia, al no presentarse

2.- La traducció del terme castellà “auto” com a “interlocutòria” és la que es proposa el “Vocabulari de dret” publicat en 2009 per les universitats de Barcelona i de València, del qual son coordinadors Antoni Llabrés i Eva Pons.

També és el terme acceptat pel Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya a la pàgina web del qual llegim: “El terme castellà ‘auto’ té associat més d'un significat. A l'hora de traduir-lo al català, per tant, cal saber a què fa referència exactament, ja que d'això en dependrà la traducció. En primer lloc, pot designar la resolució judicial que dicta el jutge i que no resol qüestions de fons, sinó recursos contra provisions, qüestions incidentals i la nul·litat del procediment, entre altres aspectes. En aquest sentit, cal traduir-lo per ‘interlocutòria’ ... La traducció d'‘auto’ per ‘interlocutòria’ és avalada per especialistes i també per la coincidència formal del terme en altres llengües europees (en anglès, ‘interlocutory order’; en francès, ‘un interlocutoire’; en italià, una ‘decisione interlocutoria’; en portuguès, una ‘sentença interlocutória’). L'any 1988 el Consell Supervisor del TERMCAT va aprovar aquest terme i des d'aleshores l'han adoptat jutges, advocats, procuradors i altres professionals en la seva pràctica jurídica. No obstant això, hi ha qui defensa altres traduccions o, fins i tot, mantenir el castellanisme ‘auto’ per evitar confusions. A tall d'anècdota, però, en un dels primers diccionaris de llenguatge jurídic, el Vocabulari jurídic català de Rafael Folch i Lluís Serrallonga del 1934, hi podem trobar un curiós ‘aut’, en l'entrada del qual ja s'especificava que calia evitar ‘aute’ per ser considerat un barbarisme” (www.cicac.cat).

el precepto cuestionado como decisivo para la resolución del incidente, por carecer de información específica sobre el signo del pronunciamiento pendiente, lo que impide determinar si dará lugar o no a la aplicación del párrafo segundo del art. 695.4 LEC; al no constar tampoco cuál sería la intención impugnatoria de la parte ejecutada en caso de no obtener satisfacción a su pretensión en la resolución judicial, como no puede ser de otro modo antes del dictado de la misma; y, finalmente, al no existir la conexión necesaria entre el fallo y el párrafo segundo del art. 695.4 LEC en los términos que el Juez aduce.»

Doncs bé, uns mesos després el TJUE, en la Sentència de 17 de juliol del mateix any 2014, va declarar en relació amb aquest mateix tema que:

«El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste [el consumidor], en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.»

Finalment s'ha d'aclarir que encara que, d'acord amb el títol, aquesta exposició serà de dret processal, inevitablement es tocaran alguns temes de dret material perquè aquest treball es fruit de la pràctica en la qual, en moltes ocasions, resulta difícil destriar entre dret processal i dret civil o mercantil encara que en el nivell purament teòric aquestes disciplines del dret apareguin com a perfectament separades.

En aquest discurs d'ingrés a l'Acadèmia parlarem del que ha estat una part important de l'exercici de la jurisdicció civil en temps de crisi econòmica, una crisi que la pròpia exposició de motius del Reial decret llei 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos, qualifica com a «profunda» i considera com una «dramàtica realitat».

I d'aquesta manera farem, també, una petita història del que ha estat el rol que han hagut d'assumir els jutges i jutgesses d'aquest país a fi de pal·liar els efectes més devastadors de la crisi sobre les persones més dèbils. El jutges han complert així amb la funció que atorga l'article 9.2 de la Constitució a tot poder públic de remoure els obstacles perquè els ciutadans, en aquesta ocasió en la seva condició de consumidors, puguin exercitar el seu dret fonamental a la tutela judicial efectiva. Això s'ha fet superant dificultats, fent front a acusacions de «activisme judicial» i també, perquè no dir-ho, amb certa por d'endinsar-se en terrenys que no eren els habituals, amb aplicació de lleis com la del Mercat de Valors, la del Mercat Hipotecari o la de protecció dels consumidors que no eren les que estàvem avesats a emprar fins ara.

Això explica la segona part del títol: “El tractament judicial de les clàusules abusives”, i també per això, vull dedicar als meus companys i companyes aquest discurs d'ingrés en l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació.

En l'exposició que segueix s'utilitzarà l'esquema d'un procés ideal tipus que sorgeix de l'anàlisi transversal i sincrònic dels processos existents en el nostre ordenament que, per la presència d'un consumidor i per ser el seu objecte el control de l'abusivitat de clàusules contractuals, poden ser considerats litigis de consum, tal com els hem definit. És a dir, s'analitzaran conjuntament els processos declaratius, monitori i d'execució, inclosa la hipotecària quan escaigui, identificant en els seus elements i fases les especialitats imposades per a la protecció del consumidor, començant pels pressuposts del procés i acabant pels efectes de la sentència que li posa fi.

I. LA COMPETÈNCIA OBJECTIVA

La qüestió de la competència objectiva es planteja perquè l'article 86 ter.2 de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial (LOPJ), que enumera les competències no concursals dels jutjats mercantils es referia en la lletra d) a «Les accions relatives a condicions generals de la contractació en els casos previstos en la legislació sobre aquesta matèria».

Per la seva banda, la Llei 7/1998, de 13 d'abril, de condicions generals de la contractació, inclou com a accions específiques les col·lectives de cessació, retractació i declarativa de condicions generals (article 12) i, per tant, ha d'entendre's que a aquestes es refereix l'article 86 ter.2 LOPJ quan regula la competència objectiva dels jutjats mercantils. Però, en l'article 8, la Llei 7/1998 recull el que s'anomena l'acció individual de nul·litat en els següents termes:

«En particular, seran nul·les les condicions generals que siguin abusives, quan el contracte s'hagi celebrat amb un consumidor, entenent per tals en tot cas les que defineixen l'article 10 bis i la disposició addicional primera de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris».³

Per tant, en el cas que s'interposés demanda en exercici d'una acció individual de nul·litat per considerar-la abusiva, la competència seria, en principi, també, dels jutjats mercantils, no dels jutjats de primera instància.

Aquesta interpretació literal donaria peu a que el jutge de primera instància no pogués exercitar les facultats de control del caràcter abusiu de les clàusules contractuals que li atribueixen tant el TJUE com la legislació nacional.

Per això, els tribunals varen interpretar l'article 86 ter.2 LOPJ en el sentit que quan el precepte defineix la competència objectiva dels jutjats mercantils es refereix a l'exercici d'accions i no a les altres vies per les quals el coneixement d'una qüestió arriba als tribunals, com succeeix quan es fa valer la nul·litat per abusivitat per via d'excepció o quan el jutge efectua un control d'ofici.

Quedava un dubte, el de la reconvençió. Què succeeix si el demandat formula reconvençió en la qual demana la nul·litat, per abusiva, d'una clàusula contractual? Encara és competent el jutge de primera instància que entén de l'acció de compliment d'un contracte? No podem oblidar que la reconvençió suposa l'exercici d'una acció objectivament acumulada a la principal, amb la qual guarda una connexió que, sens dubte, concorre entre l'acció de compliment d'un contracte i l'acció en la qual es demana la nul·litat d'una clàusula d'aquest contracte i, com diem, la competència per conèixer de l'acció individual de nul·litat d'una clàusula per abusiva pareixia reservada als jutjats mercantils, no als de primera instància.

Ha estat finalment el legislador qui ha acabat, al menys parcialment, amb aquests dubtes ja que en la recent modificació de la LOPJ operada per la Llei orgànica 7/2015, de 21 de juliol, s'ha reformat l'article 86 ter.2.d), que ara atribueix competència al jutjats mercantils per conèixer «Les accions col·lectives que preveu la legislació relativa a condicions generals de la contractació i a la protecció de consumidors i usuaris», sense menció, per tant, de les accions individuals.

3.- Actualment, aquesta remissió s'ha d'entendre feta a les normes del capítol II del títol II del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries.

En conseqüència, a partir d'ara no hi ha dubte que, en primera instància, la competència per conèixer de les accions individuals de nul·litat per abusiva d'una clàusula incorporada a un contracte signat per un consumidor és dels jutjats de primera instància i no dels jutjats mercantils.

En canvi, en apel·lació, segons la nova norma, la competència en matèria d'accions «relatives a condicions generals de la contractació», totes, col·lectives i individuals, correspon a les seccions especialitzades en mercantil de les audiències provincials, ja que així ho disposa l'article 82.2.2n LOPJ, modificat per la Llei orgànica 7/2015, de 21 de juliol. Que el canvi d'instància, del primer al segon ordre jurisdiccional, impliqui una alteració de competència objectiva és, evidentment, una novetat que no se sustenta en raons dogmàtiques sinó que, més aviat, s'explica per motius pràctics de funcionalitat dels òrgans de l'administració de justícia i reproduceix, ara en segona instància, les mateixes qüestions que abans es plantejaven a la primera instància: si s'invoca la nul·litat del contracte per abusivitat de les seves clàusules com a excepció o com a reconvençió, serà competent la secció civil o la secció mercantil de l'Audiència?

El problema adquireix en apel·lació una nova deriva. En efecte, una de les condicions d'inadmissió de la reconvençió és que «el jutjat no tingui competència objectiva per raó de la matèria» (article 406.2 LEC). Es podria declarar incompetent en apel·lació una secció civil no especialitzada en mercantil per conèixer una reconvençió en què es demanda la nul·litat de la clàusula abusiva, pretensió que, en canvi, va ser ben admesa a tràmit en primera instància?

La qüestió es dubtosa perquè, d'una banda, la resolució dictada en primera instància en què s'admet a tràmit la reconvençió ha guanyat fermesa però, per altra banda, la competència objectiva o per raó de la matèria és revisable d'ofici i, per tant, el tribunal d'apel·lació podria apreciar la seva incompetència per iniciativa pròpia.

Encara que afecti més a la jurisdicció que a la competència objectiva o material, s'ha de precisar aquí que la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària, ha reformat la Llei del notariat de manera que el seu article 70 preveu ara una espècie de monitori que es du a terme davant el notari i que permet l'obtenció d'un títol executiu per deutes dineraris no contradits. Doncs bé, l'apartat 1, lletra a), del precepte exclou que es puguin reclamar mitjançant aquest tipus d'expedient notarial «Els deutes que es fonamenten en un contracte entre un empresari o professional i un consumidor o usuari».

II. LA COMPETÈNCIA TERRITORIAL

Si el consumidor intervé en el procés com a demandat resulta d'aplicació la norma general que atribueix competència territorial al tribunal del domicili de la persona física (article 50 LEC).

Però, a més a més, es preveu un fur especial i, per tant, imperatiu en l'article 52.2 que, de manera un tant casuística estableix com a competent el tribunal del domicili de l'assegurat, comprador o prestatari o el de qui hagués acceptat l'oferta, en els litigis en matèria «d'assegurances, vendes a terminis de béns mobles corporals i contractes destinats al seu finançament, així com en matèria de contractes de prestació de serveis o relatius a béns mobles la signatura dels quals hagi estat precedida d'oferta pública [...]».

Ara bé, quan hi intervé com a actor, la preocupació del legislador ha estat aproximar el lloc del litigi al domicili del consumidor, de manera que no hagi de patir la incomoditat i les despeses d'haver de seguir un judici enfora.

És per això que ja des de la primera redacció de la LEC es va preveure com a fur especial el del domicili del demandant «En els processos en què s'exerceixin accions perquè es declari la no-incorporació al contracte o la nul·litat de les clàusules de condicions generals de la contractació [...]» (article 52.1.14è).

La consideració d'aquest fur com a especial el fa imperatiu i, per tant, susceptible de ser revisada d'ofici la competència territorial, en primer lloc pel lletrat de l'administració de justícia i, si escau, pel jutge.

Doncs bé, en aquesta matèria la Llei 42/2015, de 5 d'octubre, ha afegit un nou apartat, el 3, a l'article 52 LEC, que disposa: «Quan les normes dels apartats anteriors no siguin aplicables als litigis derivats de l'exercici d'accions individuals de consumidors o usuaris és competent, a elecció del consumidor o usuari, el tribunal del seu domicili o el tribunal corresponent de conformitat amb els articles 50 i 51».

Aquest nou apartat sembla tenir una doble funció. D'una banda, esvair el dubte que es pot derivar del fet que l'article 52.1.14è tan sols fa esment de les accions de «no-incorporació» quan aquest, estrictament parlant, és tan sols un dels tres tipus de control al qual estan sotmeses les clàusules dels contractes de consum, juntament amb el d'abusivitat i transparència. D'altra banda, el precepte fa electiu el fur del consumidor demandant per permetre que també pugui triar el tribunal del domicili del demandat professional o empresari.

Hem de recordar aquí que l'article 90.2 del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries, considera com a abusiva la clàusula que contingui «La previsió de pactes de submissió expressa a un jutge o tribunal diferent del que correspongui al domicili del consumidor i usuari, al lloc del compliment de l'obligació o aquell en què estigui situat el bé si aquest és immoble».

Observem, en aquest tema, una pauta normativa habitual en matèria de consumidors: la intervenció del legislador afavoridora de la posició del consumidor, fonamentada en la asimetria o desigualtat amb relació al professional o empresari, i l'atribució a aquesta regulació d'un caràcter imperatiu tot proscriuint que les parts puguin pactar un règim que impliqui una renúncia del consumidor al seu estatus legal privilegiat o, si més no, corrector d'una eventual situació d'inferioritat.

III. EL CONSUMIDOR COM PART

Com s'ha dit, la possibilitat d'invocar el caràcter abusiu d'una clàusula contractual, o bé d'apreciar l'abusivitat d'ofici, se supedita al fet que el demandat sigui un consumidor. Per aquesta raó un nombre important de processos en aquesta matèria ha versat sobre la qüestió de si el demandat és o no és consumidor.

En aquest tema també s'han succeït els canvis legislatius.

En efecte, l'article 1.2 de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris, establia que:

«A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan suministran o expiden».

I l'apartat 3 del mateix precepte disposava que:

«No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

Aquest concepte legal es caracteritzava per dues notes. En primer lloc, incloïa tant les persones físiques com les jurídiques, la qual cosa ha marcat una diferència entre la legislació nacional i l'europea, ja que la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993 disposa que: «A efectos de la presente Directiva se entenderá por: [...] b) “consumidor”: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», amb exclusió, doncs, de les persones jurídiques. En segon lloc, definia el consumidor com a destinatari final del bé o servei que adquiria, de manera que era el destí personal o privat de l'objecte del contracte el que determinava la condició de consumidor de l'adquirent.

Aquestes dues notes han anat canviant al llarg de les successives reformes legislatives en la matèria.

Així, abans de l'inici de la crisi econòmica, l'article 3 del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, modificava la redacció anterior i establia que: «Als efectes d'aquesta norma i sense perjudici del que disposen expressament els seus llibres tercer i quart, són consumidors o usuaris les persones físiques o jurídiques que actuen en un àmbit aliè a una activitat empresarial o professional».

Es mantenia, doncs, la peculiaritat nacional d'estendre la condició de consumidor a les persones jurídiques, tot apartant-se de la normativa europea, però sense contradir-la, ja que res s'oposa que un Estat membre atorgui al consumidor major protecció que la que el dret de la Unió Europea li garanteix. En canvi, es variava l'element definitori del concepte de consumidor que ja no era la finalitat personal o privada a la qual s'aplicaria el bé o servei, sinó l'esfera d'actuació en la qual tenia lloc el contracte en qüestió que havia de ser, deia el precepte legal, aliena a una activitat empresarial o professional. L'esfera d'actuació del consumidor es delimitava a la llei negativament: «àmbit aliè a una activitat empresarial o professional».

Val a dir, però, que aquest concepte de consumidor no quedava enterament deslligat de l'anterior ja que l'esfera d'actuació es definia, positivament, per la finalitat que es donés al bé o servei adquirit. Així, en l'exposició de motius del text refós de 2007 llegim:

«El consumidor i usuari, definit a la llei, és la persona física o jurídica que actua en un àmbit aliè a una activitat empresarial o professional. Això és, que intervé en les relacions de consum amb fins privats, contractant béns i serveis com a destinatari final, sense incorporar-los, ni directament, ni

indirectament, en processos de producció, comercialització o prestació a tercers».

En aquest sentit, la STS de 18 de juliol de 2012 explica que:

«[...] el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de “destinatario final”, en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder “a fines privados”. Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a “las necesidades familiares o personales”, o “a las propias necesidades del consumo privado de un individuo” (SSTJ CE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de “destinatario final” antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con “el consumo familiar o doméstico” o con “el mero uso personal o particular” (SSTS 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000, y 15 de diciembre de 2005, nº 963, 2005).»

En l'actualitat, després de la reforma operada per la Llei 3/2014, de 27 de març, l'article 3 del text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris diu:

«Als efectes d'aquesta norma i sense perjudici del que disposen expressament els llibres tercer i quart, són consumidors o usuaris les persones físiques que actuïn amb un propòsit aliè a la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió.

Són també consumidors als efectes d'aquesta norma les persones jurídiques i les entitats sense personalitat jurídica que actuïn sense ànim de lucre en un àmbit aliè a una activitat comercial o empresarial».

Hi ha, doncs, un cert retorn a un concepte finalista ja que el nou text incorpora la noció de consumidor com la persona física que actua amb un «propòsit» aliè a una activitat comercial, empresarial o professional.

En l'exposició de motius de la reforma de 2014 el legislador menciona expressament el seu propòsit de transposar al nostre ordenament jurídic la Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre, sobre els drets dels consumidors, però el fet és que ha mantingut la peculiaritat nacional de considerar consumidor les persones jurídiques.

En qualsevol cas, s'ha d'assenyalar que el concepte de persona jurídica consumidora és més restringit ara que abans, perquè no tan sols es demana que l'entitat actüi en un àmbit aliè a la seva activitat comercial o empresarial sinó, també, que ho faci sense ànim de lucre, la qual cosa sembla referir-se a les associacions i fundacions, les úniques persones jurídiques que podrien ser considerades com a consumidores o usuàries després de la darrera reforma legal ja que únicament aquestes, quan així ho preveuen els seus estatuts, actuen sense ànim de lucre.

D'aquesta manera ha quedat resolt el problema que es donava en relació amb les societats anomenades patrimonials, és a dir, aquelles constituïdes amb l'aportació dels béns d'una unitat familiar. Fins ara s'havia pogut sostenir que gaudirien de la condició de consumidors si la seva activitat era relativa a l'habitatge familiar, sovint, l'únic bé de la societat. Ara sembla que això ja no és possible perquè el seu objecte social –l'administració o gestió del patrimoni– no es pot considerar com a absent d'ànim de lucre, i tot això sense oblidar que les societats de capital, per la seva pròpia definició, tenen la finalitat de repartir beneficis i, per tant, tenen ànim de lucre.

La mateixa cosa es pot predicar de les societats civils atès que l'article 1665 Cc inclou dins la seva definició legal l'ànim de dividir els guanys entre els socis.

En canvi sí mereixen la condició de consumidors les comunitats de propietaris. De fet, és aquesta assimilació la que ha permès les nombroses declaracions judicials d'abusivitat de les clàusules que imposen una indemnització desproporcionada per la desvinculació o desistiment en els contractes de manteniment d'ascensors.

Per acabar amb aquest tema convé distingir el consumidor de l'adherent. El primer és el destinatari de les normes de la Llei general de defensa dels consumidors i usuaris i el segon ho és de les de la Llei de condicions generals de la contractació (Llei 7/1998, de 13 d'abril).

Com diu la STS de 28 de juny de 2015, si l'adherent no mereix la qualificació legal de consumidor o usuari «solo es aplicable la regla contenida en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil».

Aquest precepte disposa, en efecte, que «1. Seran nul·les de ple dret les condicions generals que contradiguin en perjudici de l'adherent el que

disposa aquesta Llei o qualsevol altra norma imperativa o prohibitiva, llevat del fet que s'hi estableixi un efecte diferent per al cas de contravenció», de la qual cosa en resulta que no són aplicables a l'adherent no consumidor les normes sobre l'abusivitat de les clàusules contractuals.

Ara bé, segons la mateixa Sentència, «en el caso de que el contrato integrado por condiciones generales se haya concertado con un consumidor es aplicable el régimen de nulidad por abusividad establecido actualmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE sobre cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores».

De tot això el TS, en l'esmentada Sentència de 28 de juny de 2015, extreu la conclusió que: «aunque las partes no se encontrasen en un plano de igualdad o el adherente no haya tenido posibilidad de negociar el contenido del contrato, integrado por condiciones generales de la contratación, al no tener tal adherente la cualidad legal de consumidor, es aplicable el régimen general».

I, en el mateix sentit, contrari a l'extensió del control d'abusivitat a l'adherent no consumidor, la Sentència de l'Alt Tribunal de 30 d'abril de 2015 diu que:

«[...] no procede siquiera entrar a considerar una posible aplicación extensiva o analógica de la protección que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios otorga a estos al caso de personas físicas comerciantes, empresarios o profesionales cuya actividad económica no pueda considerarse de gran envergadura y que pese a que actúen con un propósito no ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, hayan contratado en un sector ajeno al giro o tráfico habitual de su actividad.»

Un avalador es pot beneficiar de l'aplicació de la legislació sobre clàusules abusives encara que garanteixi un contracte no subscrit per un consumidor. Així, el TJUE (Sala Sisena) en la seva interlocutòria de 19 de novembre de 2015 assumpte C-74/15, estableix que els articles 1, apartat 1 y 2, lletra b, de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb els consumidors s'han d'interpretar: “en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad

en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada Sociedad”.

IV. L'OBJECTE DEL PROCÉS: EL CONTROL JUDICIAL DE LES CLÀUSULES ABUSIVES

Són les parts les que han de fixar l'objecte del procés en els seus escrits d'al·legacions, demanda i contestació, en virtut dels principis dispositiu i d'aportació de part que regeixen en el procés civil.⁴ Però, tal com venim dient, aquest principi pateix importants modulacions quan es tracta d'un procés de consum.

A) Control d'ofici

Efectivament, el que caracteritza el procés de consum és que el seu objecte es pot estendre d'ofici al control de l'existència de clàusules abusives en els contractes concertats amb un consumidor.

Això és el que estableix la jurisprudència del TJUE i això es també el que preveu amb caràcter general l'article 83 del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, modificat per la Llei 3/2014, de 27 de març, quan disposa que:

«Les clàusules abusives són nul·les de ple dret i s'han de tenir per no posades. A aquests efectes, el jutge, prèvia audiència de les parts, ha de declarar la nul·litat de les clàusules abusives incloses en el contracte, el qual, no obstant això, segueix sent obligatori per a les parts en els mateixos termes, sempre que pugui subsistir sense les clàusules esmentades».

El control d'ofici de l'existència de clàusules abusives ha estat instaurat, ara de manera expressa, pel legislador processal, amb caràcter general, en el procés d'execució de títols no judicials. Així ho preveu l'article 552.1 LEC després de la reforma de la Llei 1/2013, de 14 de maig al establir que:

“El tribunal examinarà d'ofici si alguna de les clàusules incloses en un títol executiu dels esmentats en l'article 557.1 pot ser qualificada como abusiva. Quan apreciï que alguna clàusula pot ser qualificada com a tal

4.- Vegeu Tapia Fernández, Isabel. «El objeto del proceso: su fijación en los actos de alegaciones», en Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Murcia: Escuela de Práctica Jurídica de Murcia, 1997, pàg. 131.

donarà audiència per quinze dies a les parts. Oïdes aquestes acordarà el que procedeixi en el termini de cinc dies hàbils d'acord amb el que preveu l'article 561.1.3.⁴⁷.

B) Control de les parts

El control d'ofici no impedeix, evidentment, que el consumidor demandat pugui oposar en un declaratiu l'existència d'una clàusula abusiva.

La novetat introduïda per la Llei 1/2013, de 14 de maig, és que aquesta oposició es pot formular, també, en l'execució ordinària de títol no judicial (article 557.1.7a LEC que preveu com una de les causes «Que el títol contengui clàusules abusives») i en la hipotecària (article 695.1.4a LEC que permet l'oposició fonamentada en «El caràcter abusiu d'una clàusula contractual que constitueixi el fonament de l'execució o que hagi determinat la quantitat exigible») on, per la naturalesa pròpia d'aquest tipus de processos, tal possibilitat no hi cabia.

La disposició transitòria quarta de la nova llei establí un termini d'un mes per promoure un incident d'oposició basat en l'existència de clàusules abusives en els processos d'execució hipotecària en curs en el moment d'entrada en vigor de la llei.

Doncs bé, la mateixa norma preveia que «La publicitat d'aquesta disposició té el caràcter de comunicació plena i vàlida a l'efecte de notificació i còmput dels terminis que preveuen els apartats 2 i 3 d'aquest article, i no és necessari en cap cas dictar resolució expressa a aquest efecte».

Aquesta equiparació entre publicitat d'una llei i notificació processal era, certament, un mecanisme inèdit. La STJUE de 29 d'octubre de 2015 l'ha declarada contrària a la normativa europea de protecció del consumidor. La part dispositiva de l'esmentada Sentència en efecte diu que:

«Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición transitoria nacional, como la controvertida en el litigio principal, que impone a los consumidores, respecto de los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición y que a esa fecha no ha concluido, un plazo preclusivo de un mes, calculado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley, para formular

oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales.»

No deixa de ser curiós que la Llei 9/2015, de 25 de maig, concedeixi un nou termini, ara de dos mesos, per a què l'executat pugui interposar recurs d'apel·lació contra la interlocutòria desestimatòria de l'oposició fonamentada en l'existència d'una clàusula abusiva, dictada en un procés d'execució en curs que no hagi culminat amb la posada a disposició de l'immoble (Disposició transitòria quarta, apartat 2), i que utilitzi així la mateixa tècnica d'equiparar la publicació de la llei a una notificació processal tot establint que: «La publicitat d'aquesta disposició té el caràcter de comunicació plena i vàlida als efectes de notificació i còmput dels terminis que preveu l'apartat 2 de la disposició, i en cap cas cal dictar una resolució expressa a l'efecte».

Aplicant la mateixa doctrina de la STJUE de 29 d'octubre de 2015, haurem de concloure que aquest precepte s'oposa a la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993⁵.

Els efectes d'aquesta jurisprudència europea no poden ser que els jutges hagin de revisar totes les execucions en curs que no hagin culminat amb la posada en possessió de l'immoble per notificar el començament del còmput del termini d'un mes per formular oposició o de dos mesos per interposar recurs d'apel·lació contra la interlocutòria desestimatòria de l'oposició fonamentada en l'existència de clàusules abusives, sinó que la doctrina del TJUE s'ha de interpretar, més aviat, en el sentit que si el procés d'execució no ha conclòs i l'executat pretén formular oposició o interposar recurs d'apel·lació contra la interlocutòria desestimatòria després de transcorregut el mes des de la publicació de la Llei 1/2013, de 14 de maig, o els dos mesos d'ençà de la publicació de la Llei 9/2015, s'haurà d'admetre a tràmit tant l'oposició com, en el seu cas, el recurs.

C) El contingut de les facultats de control

L'objecte del procés de consum, tal com l'hem definit, és el control de l'eventual caràcter abusiu de les clàusules d'un contracte subscrit per un consumidor.

El que, en sentit ampli, s'anomena «control d'abusivitat» de les clàusules dels contractes de consumidors inclou, en realitat, tres tipus de control: el

5.- Aquesta “confusió de papers” es simptomàtica del desconcert produït per la irrupció del dret processal del consumidor: El legislador “notifica” com si fos el jutge i, com veurem més endavant, el jutge estableix la data d'entrada en vigor d'una “norma jurisprudencial”, com si fos el legislador.

control d'abusivitat en sentit estricte, el control d'incorporació i el control de transparència.

1. Control d'abusivitat en sentit estricte

El control d'abusivitat consisteix, bàsicament, en l'anàlisi del contingut de les condicions del contracte, per determinar si alguna d'elles romp l'equilibri que hi ha d'haver entre les prestacions de les parts. En principi es refereix a les clàusules accessòries, no a les estipulacions principals del contracte, definitòries del seu objecte principal. Així, el dinovè considerant de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, indica que: «[...] a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o la prestación»; i l'article 4.2 disposa que: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

La doctrina es troba dividida sobre l'abast de les expressions «que descriguin l'objecte principal» del contracte o «referides a la definició de l'objecte principal». Però la idea és que quedi protegit el principi d'autonomia de la voluntat en la contractació, la llibertat per fixar el preu de la contraprestació pactada. El professor de la Universitat de Castella la Mancha, PERTIÑEZ VÍLCHEZ⁶ dona compte de les tres raons contràries a la possibilitat de control del preu com a objecte principal del contracte:

«Se puede decir que las tres razones de BRANDNER y ULMER por las cuales no se debe controlar el equilibrio entre el precio y la contraprestación, que están en la base del art. 4.2 de la Directiva 13/1993, han devenido ya en un clásico: en primer lugar, el control del equilibrio del precio supone una violación del principio de autonomía de la voluntad, pilar básico de la economía de mercado, que normalmente se retiene en los diferentes estados miembros constitucionalmente relevante (no se debe controlar o *Man darf nicht*). En segundo lugar, por la ausencia de un parámetro normativo conforme al cual valorar si el precio es justo, ya que la equivalencia entre el precio y la contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho (no se puede controlar o *Man kann nicht*). Por último —no sin ciertas dosis de optimismo— por la innecesariedad de un control de

6.- Pertíñez Vílchez, Francisco. «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario». InDret, núm. 3 (2013).

precios, puesto que la competencia es garantía del equilibrio económico (no se necesita controlar o *Man braucht nicht*)».

En canvi, l'Informe de 27 d'abril de 2000, de la Comissió, referent a l'aplicació de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, assenyala que: «Las cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva».

És a dir, segons aquest Informe, les clàusules que no tenen per objecte directe el preu, sinó la forma de la seva determinació, sí que estarien sotmeses al control d'abusivitat.

El TS sí ha fet, encara que residualment i sense dir-ho, fins i tot contradint la seva línia jurisprudencial dominant (expressada, entre d'altres, en la Sentència de 9 de maig de 2013), un control d'abusivitat del preu d'un préstec quan ha anul·lat la clàusula d'arrodoniment a l'alça (SSTS de 4 de novembre de 2010, d'1 de desembre del mateix any i d'11 de febrer de 2015). En aquests casos l'Alt Tribunal fa un control de contingut utilitzant el cànon del «perjudici del consumidor» i del «desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es deriven del contracte», és a dir, un control de contingut o d'abusivitat en sentit estricte.

En qualsevol cas, l'article 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, no transposat expressament al nostre ordenament jurídic, sembla no excloure que les clàusules definitòries de l'objecte principal del contracte puguin ser controlades per verificar que estiguin redactades «de manera clara y comprensible», la qual cosa ens remet al control d'incorporació i al de transparència, que seran sempre possibles encara que tinguin per objecte una clàusula principal.

2. Control d'incorporació

El control d'incorporació consisteix en sotmetre el contracte a un examen per tal de comprovar que les clàusules en qüestió en formen part. Així, per exemple, si el contracte és escrit, el clausulat haurà d'estar firmat, i si no és escrit, les condicions hauran d'estar en un lloc visible dins el local on se celebra el contracte, o si es tracta de la comercialització a distància de

productes financers, l'article 6.1 de la Llei 22/2007, d'11 de juliol exigeix la "constancia de las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero".

Però a més a més, si el contracte és escrit, el control d'incorporació sotmet la seva redacció a un examen des del punt de vista dels estàndards de transparència, claredat, concisió i senzillesa que recull l'article 5.5 de la Llei de condicions generals de la contractació. L'article 7 de la mateixa norma preveu que: «No quedaran incorporades al contracte les condicions generals següents: a) Les que l'adherent no hagi tingut oportunitat real de conèixer de manera completa al temps de la celebració del contracte [...]. b) Les que siguin il·legibles, ambigües, fosques i incomprensibles [...]».

En el mateix sentit, l'article 80 del text refós de la Llei per a la defensa dels consumidors i usuaris estableix que: «En els contractes amb consumidors i usuaris que utilitzin clàusules no negociades individualment [...], aquelles han de complir els requisits següents: a) Concreció, claredat i senzillesa en la redacció, amb possibilitat de comprensió directa [...]. b) Accessibilitat i llegibilitat, de forma que permeti al consumidor i usuari el coneixement previ a la formalització del contracte sobre la seva existència i contingut».

El vintè considerant de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, indica que: «[...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, de manera que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]», i el seu article 5 disposa que «En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o alguna de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible [...]».

El control d'incorporació és formal, verifica la integració d'una clàusula dins el contracte i en el «ïter negocial» pren en consideració el moment de la seva perfecció.

3. Control de transparència

El control de transparència té per objecte verificar que el consumidor hagi conegut la càrrega econòmica que per a ell suposa el contracte. Segons la STS de 8 de setembre de 2014, el consumidor ha de conèixer:

«[...] la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los

presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

I la STS de 9 de maig de 2013 defineix aquest tipus de control com el que pretén que el consumidor conegui o pugui conèixer:

«[...] la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener» (paràgraf 210).

És en aquesta mateixa Sentència sobre clàusules sòl que el TS conclou que les clàusules analitzades no són transparents per manca d'informació, i les declara nul·les encara que siguin essencials, és a dir, referides a un element definitori de l'objecte principal del contracte. L'Alt Tribunal assenyala, en efecte, que les clàusules esmentades s'insereixen de forma conjunta amb d'altres que estipulen aparentment un tipus sostre, que no existeixen simulacions d'escenaris diversos relacionats amb el comportament raonablement previsible del tipus d'interès en el moment de contractar, que no hi ha informació prèvia clara i comprensible sobre el cost comparatiu amb altres modalitats de préstec de la pròpia entitat, i que es situen en el text del contracte entre una aclaparadora quantitat de dades que dilueixen l'atenció del consumidor i entre les quals queden emmascarades.

El TS sembla exercir aquí el control d'incorporació al·ludint a la presentació formal de les clàusules, però també el de transparència, amb el qual s'endinsa en el procés de formació del consentiment del consumidor i té en compte, especialment, la informació precontractual que hagi pogut rebre i si aquesta ha estat idònia o no perquè el consumidor pogués fer-se una idea exacta dels efectes econòmics del contracte.

Simplificant molt es pot dir que: el control d'abusivitat fa referència al contingut del contracte i cerca que no hi hagi en les seves clàusules un desequilibri desfavorable al consumidor, és un control de validesa material; el control d'incorporació verifica el compliment dels requisits legals establerts perquè les clàusules integrin vàlidament el contracte, és un control de validesa formal; i el control de transparència és el relatiu al coneixement de les conseqüències econòmiques del contracte. Per això, es podria dir que el control d'abusivitat té per objecte el contingut del contracte, el d'incorporació la seva forma i el de transparència el seu grau de comprensió per part del consumidor. Temporalment, el control d'abusivitat ve referit a la fase de compliment del contracte, ja que exigeix representar-se els seus efectes; el

control d'incorporació es retrotreu al moment de la perfecció del contracte, i el control de transparència es remunta a un moment encara anterior ja que demana la reconstrucció de la fase precontractual.

Ara bé, des del punt de vista processal es planteja la qüestió de si quan parlem de la facultat del jutge de controlar d'ofici l'eventual caràcter abusiu de les clàusules contractuals ens referim al tres tipus de control, abusivitat, incorporació i transparència, o no. Si la resposta és afirmativa hauríem de concloure que el jutge pot sotmetre al seu examen d'ofici, també, les clàusules definitòries de l'objecte principal del contracte sempre que aquest control sigui d'incorporació o de transparència.

La STJUE de 14 de juny de 2012, en la part dispositiva, adopta un criteri ampli quan estableix que el jutge ha d'efectuar el control d'ofici quan disposi «de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto», i no sembla distingir entre els diferents tipus de control.

El TS, per la seva banda, en la Sentència de 8 de setembre de 2014 fa un control de transparència quan tan sols s'havia demanat el d'abusivitat, i ho justifica d'aquesta manera:

«En relación al segundo motivo planteado, y en orden a la fundamentación técnica del control de transparencia que a continuación se expone, debe señalarse que esta Sala, con la debida moderación del rigorismo procedimental aplicable a esta materia, considera pertinente su examen a tenor de la demanda de solicitud de declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo» (fonament jurídic segon, paràgraf 3).

La conclusió ha de ser, doncs, que encara que tinguin un contingut i un objecte diferent, els tres tipus de control es poden exercitar d'ofici en el si d'un procés de consum.

V. L'ADMISSIÓ DE LA DEMANDA

Les facultats del jutge d'inadmetre una demanda són, en principi, limitades. L'article 403.1 LEC estableix, amb tota claredat, que: «Les demandes només s'han d'inadmetre en els casos i per les causes que preveu expressament aquesta Llei». D'aquest taxatiu precepte es dedueix, en primer lloc, que regeix una espècie de principi de tipicitat en matèria d'inadmissió de manera que, si no hi ha una previsió legal expressa, no es pot inadmetre una demanda al començament del litigi, *in limine litis*. En segon lloc, també

es desprèn que el motiu d'inadmissió ha de ser de caràcter processal ja que és la mateixa llei processal i no una altra la que l'ha de preveure.

D'aquesta manera, quan els jutges vèiem una petició de monitori basada en un contracte que contenia o podia contenir clàusules abusives no ens quedava més remei que admetre-la amb l'esperança que el deutor formulés la deguda oposició que deixaria el requeriment de pagament sense efecte i faria renéixer en el creditor la càrrega d'encetar el procés declaratiu corresponent per exercitar el seu dret, en virtut d'allò que CALAMANDREI anomena «la inversió de la iniciativa del contradictori».

Però aquest escenari va canviar, dràsticament, amb la STJUE de 14 de juny de 2012. El cas sobre el qual es va pronunciar va ser el següent:

L'any 2007 el Sr. Calderón Camino va subscriure una pòlissa de préstec amb Banesto per a l'adquisició d'un vehicle amb un interès remuneratori del 8,890% TAE i un interès de demora del 29%. Després que el Sr. Calderón deixés de pagar set quotes, el banc va presentar una petició de judici monitori davant el Jutjat de Primera Instància de Sabadell en reclamació de 29.381,95 € més interessos i costes.

El Jutjat de Primera Instància va declarar nul·la, per abusiva, la clàusula d'interessos i va reintegrar el contracte fixant un interès del 19%.

Banesto va interposar recurs d'apel·lació contra aquesta interlocutòria tot al·legant que el Jutjat no podia, en aquesta fase del procés, ni inadmetre la demanda ni modificar la corresponent clàusula.

L'Audiència Provincial de Barcelona planteja al TJUE dues qüestions prejudicials. En primer lloc, demana si és contrari al dret europeu dels consumidors que un tribunal no pugui declarar d'ofici i *in limine litis* (al bell començament del litigi) la nul·litat d'una clàusula abusiva. En segon lloc, com s'havia d'interpretar l'article 83 del Reial decret legislatiu 1/2007 —que, com és sabut, preveia la reintegració del contracte si una de les seves clàusules era declarada abusiva—, en vista de l'article 6.1 de la Directiva 93/13/CEE quan estableix que les clàusules abusives «no vincularan al consumidor».

La resposta del Tribunal a ambdues qüestions és clara. Pel que fa a la primera, que és la que interessa en el tema de l'admissió de la demanda, el Tribunal conclou que la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors:

[...] 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 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».

Aquesta Sentència ha dut a reformar, mitjançant la Llei 42/2015, de 5 d'octubre, l'article 815 LEC relatiu a l'admissió del monitori que ara preveu que, quan la petició és de dret del consum, el lletrat de l'administració de justícia la passi directament al jutge per tal que sigui ell qui decideixi sobre l'admissió o no.

S'ha afegit a l'article 815 un nou apartat, el 4, que estableix el següent:

«Si la reclamació del deute es fonamenta en un contracte entre un empresari o professional i un consumidor o usuari, el secretari judicial, abans d'efectuar el requeriment, n'ha de donar compte al jutge perquè pugui apreciar el possible caràcter abusiu de tota clàusula que constitueixi el fonament de la petició o que hagi determinat la quantitat exigible.

El jutge ha d'examinar d'ofici si alguna de les clàusules que constitueix el fonament de la petició o que ha determinat la quantitat exigible pot ser qualificada d'abusiva. Quan apreciï que alguna clàusula pot ser qualificada així, ha de donar audiència per cinc dies a les parts. Oïdes aquestes, ha de resoldre el que sigui procedent mitjançant una interlocutòria dins dels cinc dies següents. Per a aquest tràmit no és preceptiva la intervenció d'un advocat ni d'un procurador.

En cas que apreciï el caràcter abusiu d'alguna de les clàusules contractuals, la interlocutòria que es dicti ha de determinar les conseqüències d'aquesta consideració, i ha d'acordar la improcedència de la pretensió o bé la continuació del procediment sense aplicar les considerades abusives.

Si el tribunal no aprecia l'existència de clàusules abusives, ho ha de declarar així i el secretari judicial ha de procedir a requerir el deutor en els termes que preveu l'apartat 1.

La interlocutòria que es dicti és apel·lable directament en tot cas.»

La nova regulació del tràmit d'admissió o inadmissió de la petició de monitori planteja algunes qüestions. En primer lloc, si amb la petició del monitori tan sols es presenta una factura, tal com permet l'article 812 LEC, el lletrat de l'administració de justícia haurà de requerir el creditor perquè aporti l'exemplar del contracte ja que sense aquest no es pot fer el control d'abusivitat. En segon lloc, es preveu una audiència en cas que el jutge consideri que alguna de les clàusules que constitueixen el fonament de la petició de monitori pot ser abusiva. Si no es troba el deutor en aquest primer moment, serà inútil després intentar el requeriment. Es podrà arxivar ja llavors el monitori? La menció a les parts s'ha d'entendre referida tan sols a les parts personades en aquest moment, és a dir, al creditor? Si no es fa la declaració d'abusivitat en aquest moment inicial, el deutor pot demanar-la quan formuli oposició?

Finalment, la nova regulació planteja la qüestió de si el Lletrat de l'Administració de Justícia és autoritat judicial adequada per fer el control del caràcter abusiú de les clàusules dels contractes de consumidors. En relació a aquesta qüestió el Tribunal de Justícia de la Unió Europea en la seva sentència de 18 de febrer de 2016 ha establert 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 nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación”.

Aquesta nova sentència ha de canviar, a la pràctica, l'organització de l'examen de les peticions de monitori per a decidir sobre la seva admissió, que s'haurà de dur a terme, directament, pel jutge, sense el filtre previ de la intervenció del Lletrat de l'Administració de Justícia.

La mateixa jurisprudència del TJUE ha provocat la reforma legal de l'admissió de la demanda d'execució de títol no judicial. L'article 557.1 LEC després de la reforma operada per la Llei 1/2013, de 14 de maig, recull com a causa d'inadmissió de la demanda d'execució «Que el títol contengui clàusules abusives» (causa 7a).

En concordança amb aquest nou precepte, l'actual article 552.1 LEC preveu que si en virtut del seu examen d'ofici el jutge detecta en el títol

la possible existència d'una clàusula abusiva donarà audiència a les parts, aquesta vegada per 15 dies, i si aprecia el caràcter abusiú d'una o de diverses clàusules el jutge dictarà interlocutòria per acordar la improcedència de l'execució o la seva continuació sense aplicació de les que han estat considerades com a abusives.

Com es veu, ha quedat sense regular la inadmissió de la demanda de judici declaratiu per la possible existència de clàusules abusives en el títol que serveix de base a l'exercici de la pretensió. Però per aplicació directa de la jurisprudència del TJUE s'ha de considerar que el jutge té també en aquests supòsits les mateixes facultats d'examen d'ofici que en el tràmit d'admissió del monitori o de la demanda d'execució.

VI. EL MOMENT PROCESSAL PER AL CONTROL D'OFICI DE LES CLÀUSULES ABUSIVES

Més enllà d'aquest moment inicial, el control d'ofici de l'abusivitat d'una clàusula contractual es pot fer, en principi, en qualsevol estadi del procés, quan el jutge, en paraules del TJUE en la seva sentència de 14 de juny de 2012, «disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto».

Aquest punt de partida ha de ser, però, modulats pels principis de cosa jutjada formal i material. El primer, que opera dins un mateix procés en relació amb una resolució prèvia, impedirà que es pugui examinar d'ofici l'abusivitat d'una clàusula contractual si en un tràmit processal anterior el jutge ja ha conegut de l'assumpte i, per tant, ha tingut l'oportunitat de pronunciar-se sobre el tema i ha declarat la no abusivitat. Admetre que el jutge pugui tornar una i una altra vegada a fer el control d'ofici, sense limitació, en qualsevol moment del decurs processal seria contrari a la seguretat jurídica i al principi de cosa jutjada formal o de fermesa de les resolucions judicials que es proclama en l'article 18 LOPJ.

Per aquesta mateixa raó resulta difícil que es pugui apreciar l'abusivitat d'una clàusula contractual en un procés d'execució de títol judicial ja que per dictar la resolució objecte del procés executiu el jutge ja ha conegut el contracte, ha tingut ocasió d'examinar les seves clàusules i no ha considerat necessari declarar la nul·litat de cap d'elles.

Cosa ben distinta passarà en el procés d'execució de títol no judicial ja que en aquest cas no hi ha hagut intervenció prèvia del jutge i, per tant, no ha hagut ocasió d'efectuar el control d'ofici amb anterioritat.

Per la seva banda, el principi de cosa jutjada material pot produir efectes en un procés posterior si ha hagut un procés anterior que hagi pogut tenir per objecte, precisament, l'abusivitat d'una clàusula, encara que no s'hagi fet valer aquesta abusivitat, en aplicació del principi segons el qual la cosa jutjada inclou allò adduït i allò adduïble, conceptes avui incorporats en els articles 222 i 400 LEC.

Així, la STS de 24 de novembre de 2014 estima la cosa jutjada per a l'apreciació de l'abusivitat d'una clàusula de venciment anticipat que es pretenia fer valer en un procés ordinari tot argumentant que el deutor no l'havia oposada en el procés anterior d'execució d'un títol no judicial. El Tribunal raona el següent:

«Esta oposición del ejecutado, tratándose de una ejecución fundada en títulos no judiciales, aparecía claramente autorizada por el art. 559.1-3º LEC en su redacción aplicable a este recurso por razones temporales y debe seguir considerándose así, pues aun cuando el artículo se titule «Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales», entre estos han de considerarse comprendidos los resultantes del propio documento o documentos en que se funde la ejecución, es decir, los inherentes al propio título de la ejecución [...].

[...]

A su vez, la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución seguido contra él, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apdo. 2 del art. 400 LEC en relación con su art. 222 [...]».

Ara bé, el Tribunal afegeix:

«[...] en coherencia con lo anterior, si la oposición sí se formula pero se rechaza única y exclusivamente porque las circunstancias que consten en el propio título no pueden oponerse en el proceso de ejecución, entonces el ejecutado sí podrá promover un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión».

De tot això se'n dedueix que en un procés de consum, en què el jutge té la facultat d'examinar d'ofici l'eventual existència de clàusules abusives en el títol esgrimit per l'empresari o particular, els principis de cosa jutjada formal i material operen de la manera següent:

- Si el procés està obert i ha hagut una resolució judicial, per exemple, en tràmit d'admissió, declarant que la clàusula no és abusiva, no es podrà plantejar ja la mateixa qüestió en les fases processals següents, ni d'ofici ni a instància de part. Ho impedeix el principi de cosa jutjada formal.
- Si el jutge s'ha pogut pronunciar sobre la concurrència de clàusules abusives en el contracte fet valer per l'actor perquè en un moment determinat del procés ja tenia els elements de fet i de dret necessaris a aquest efecte i, en canvi, no ha hagut resolució tractant el tema, sempre ho podrà fer fins al final del procés d'ofici o a instància de part si és que en aquest darrer cas no ha acabat el termini previst en la llei per al·legar l'abusivitat.
- Si el procés de consum ha conclòs sense que el jutge hagi declarat l'abusivitat o quan l'ha rebutjada expressament, aquesta qüestió queda coberta per la cosa jutjada material i no es podrà plantejar ni en el procés d'execució ni en cap altre litigi posterior sempre, evidentment, que es segueixi entre les mateixes parts.

VII. MESURES CAUTELARS

Com hem dit abans, la STJUE de 14 de març de 2013, cas Aziz, en relació amb la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, conclou que:

«[...] la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final».

Aquesta Sentència va donar peu a la reforma de l'article 695.1 LEC que va permetre a l'executat formular com a causa d'oposició l'abusivitat d'una clàusula del títol.

No obstant això, alguns autors, i també una certa pràctica forense, han vingut admetent que es pugui instar la nul·litat en el procés declaratiu corresponent i que en aquest el jutge pugui acordar com a mesura cautelar la suspensió del procés hipotecari. Això es fonamenta directament en la STJUE de 14 de març de 2013.⁷

El catedràtic de dret processal JULIO BANACLOCHE⁸ considera que aquesta és una pràctica equivocada. Entén aquest autor que el que el TJUE retreu a la legislació nacional és que en l'execució hipotecària ni s'admeti l'oposició de l'abusivitat d'una clàusula del títol, ni s'admeti tampoc la possibilitat que aquesta qüestió es plantegi en el judici declaratiu i en aquest cas es paralitzi l'execució hipotecària. Dons bé, JULIO BANACLOCHE sosté que un cop admesa la primera de les vies esmentades, és a dir, l'oposició en el si del procés d'execució hipotecària, no cal ja la segona per considerar el nostre procés adaptat en aquest extrem a la directiva europea sobre consum. El contrari podria significar, sosté l'autor, la vulneració de l'article 698 de la Llei processal civil que remet al procés declaratiu corresponent per qualsevol qüestió no contemplada en els articles precedents com a causa d'oposició a l'execució hipotecària. A més a més, el catedràtic de dret processal recorda que el jutge del procés declaratiu no té competència funcional per a qualsevol qüestió relativa al procés d'execució hipotecària.

VIII. EL TRÀMIT D'AUDIÈNCIA

La declaració de nul·litat de la clàusula d'un contracte subscrit per un consumidor en qualsevol moment del procés s'ha de fer amb tràmit d'audiència del professional. Això ho ha declarat taxativament el TJUE en l'apartat 31 de la seva Sentència Banif Plus Bank Zrt de 21 de febrer de 2013 on diu:

«[...] en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado –sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto– que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está

7.- Vegeu, per exemple, Magro Servet, Vicente, en «Cuestiones sobre competencia para la suspensión de procedimientos de ejecución hipotecaria a raíz de la sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013». El derecho.com (1 de maig de 2013).

8.- Banacloche Palao, Julio. «Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada». La Ley, núm. 8312 (16 de maig de 2014).

obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales.»

El mateix criteri s'ha seguit en la Sentència de l'Alt Tribunal Europeu de 30 de maig de 2013.

Aquesta exigència d'audiència prèvia al professional coincideix amb la de l'article 83 del text refós de Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris que, malgrat ser una norma de dret material, després de la seva reforma operada per la Llei 3/2014, de 27 de març, regula el control d'ofici de l'abusivitat de les clàusules dels contractes celebrats amb consumidors i preveu un tràmit d'audiència prèvia; com també ho fan els articles 552.1 i 815 LEC abans esmentats.

La Sentència Banif Plus Bank Zrt de 21 de febrer de 2013 va introduir una certa confusió en tot aquest tema ja que en el seu apartat 35 estableix que:

«Esta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula».

En efecte, donar audiència al consumidor per excloure el seu aquietament amb caràcter previ a la declaració d'abusivitat, pot resultar difícil, per no dir impossible, per exemple, en tràmit d'admissió.

La STJUE de 21 de febrer de 2013 fa aplicació de la doctrina que ja es recollia en l'anterior Sentència també d'aquest Tribunal de 4 de juny de 2009 (Pannon), en la qual es recordava que «el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula» (apartat 27).

No obstant això, la pròpia Sentència Banif aclareix que el respecte del principi de contradicció no ha d'impedir l'efectivitat de la Directiva 93/13/CEE. Per això, aquesta exigència d'exclusió de l'aquietament del consumidor per poder apreciar l'existència d'una clàusula abusiva mitjançant la

corresponent audiència, s'ha d'interpretar en el sentit que el jutge ha d'informar de la seva iniciativa de controlar d'ofici la clàusula i ha de donar audiència respecte a aquesta qüestió a les parts que en aquell moment estiguin efectivament personades en el procés. Si ens trobem en tràmit d'admissió l'única part serà l'actora, creditora, professional.

IX. LA PROVA

Si el control és de contingut, és a dir, de l'abusivitat en sentit estricte de les clàusules, l'exercici d'aquesta facultat sempre estarà a l'abast del jutge ja que amb la demanda o amb la petició de monitori s'aportarà el contracte com a document en el qual el creditor o actor fonamenta el seu dret. Això mateix pot passar amb el control d'incorporació atesa la seva naturalesa formal. L'observació del suport del contracte o la lectura del document que el recull serà normalment suficient per poder determinar si les seves clàusules han estat vàlidament incorporades o no.

Però, en canvi, el control de transparència demanarà sovint una activitat probatòria distinta de l'aportació de la documental. En efecte, encara que el contracte incorpori fórmules d'estil en les quals el consumidor, per exemple, reconeix haver estat informat o conèixer els riscos d'un producte financer, el TS ha dit que aquestes declaracions són insuficients per acreditar que el consumidor ha estat degudament informat en fase precontractual. En efecte, en la Sentència de 12 de gener de 2015 l'Alt Tribunal diu que:

«Tampoco son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra. Loreto en el sentido de que “he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta...” y “declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo”. Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril».

El jutge, per poder formar la seva convicció sobre la comprensió per part del consumidor de les conseqüències econòmiques del contracte, necessitarà elements de prova com la documental, consistent en les comunicacions entre les parts prèvies a la signatura del contracte o la declaració del venedor del

producte. Es plantegen així dues qüestions. La primera és si el jutge podria acordar la prova d'ofici. La segona si, practicada la prova demanada per una part en un procés en el qual no s'exercita cap acció de nul·litat, el jutge pot per pròpia iniciativa i en vistes del resultat de la prova sotmetre el contracte a un control de transparència.

Pel que fa a la iniciativa probatòria d'ofici la STJUE de 14 de juny de 2012 estableix en el fonament 44 que:

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

Aquesta doctrina ha estat reiterada en les sentències del mateix Tribunal de 21 de febrer de 2013, Banif Plus Bank Zrt (apartat 24) i de 14 de març 2013, Aziz vs. Catalunya Caixa (apartat 47). La primera les sentències que ara s'esmenten, la de 21 de febrer de 2013, es refereix expressament a la prova que el jutge ha d'acordar d'ofici prèviament a declarar el caràcter abusiu d'una clàusula contractual.

No hi ha, però, en la nostra Llei d'enjudiciament civil cap precepte que reguli expressament aquesta facultat d'iniciativa probatòria d'ofici, que va més enllà de l'àmbit d'aplicació de l'article 429 que, com és sabut, regula la facultat judicial d'integració probatòria, tal com la denomina XAVIER ABEL,⁹ que és de caràcter eventual i limitat que no imposa cap deure ni cap obligació al jutge, característiques que no encaixen bé amb els termes imperatius amb els quals la jurisprudència europea concep l'examen d'ofici de l'abusivitat de les clàusules d'un contracte signat per un consumidor.

En conseqüència, sembla que no hi ha més remei que admetre que en virtut dels principis de primacia i d'efecte directe que regeixen les relacions entre el dret de la Unió Europea i els ordenaments jurídics nacionals, el jutge en qual-

9.- Abel Lluç, Xavier. «Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil». Barcelona: Bosch, 2005. En les pàgines 117 i següents explica l'autor les raons d'aquesta proposta de denominació.

sevol moment, i especialment en cas d'insuficiència de l'activitat probatòria desplegada per les parts, pot acordar la pràctica de diligències probatòries dirigides a possibilitar l'examen de clàusules contractuals eventualment abusives.

La segona pregunta que ens fèiem abans és si el jutge pot acordar l'abusivitat d'una clàusula contractual en un procés l'objecte del qual no és la declaració de nul·litat de la clàusula, d'acord amb la prova no practicada amb aquesta finalitat, i la resposta ha de ser també afirmativa ja que, en això consisteix, precisament, l'exercici d'ofici d'una facultat. Ara bé, és clar que en aquest procés la part actora ha de fer valer l'esmentat contracte com a base de la pretensió que exercita ja que, en cas contrari, un pronunciament del jutge sobre l'abusivitat d'alguna de les seves clàusules quedaria fora de l'objecte del procés.

Pel que fa a la prova, en l'execució hipotecària es dona una dificultat addicional. En efecte, malgrat que la Llei 1/2013, de 14 de maig, va permetre, com hem vist, l'oposició basada en l'existència de clàusules abusives, no es va modificar l'apartat segon de l'article 695 de la LEC on es preveu que: «Formulada l'oposició a què es refereix l'apartat anterior, el secretari judicial ha de suspendre l'execució i convocar les parts a una compareixença davant el tribunal que hagi dictat l'ordre general d'execució, i havent de passar quatre dies des de la citació, compareixença en la qual el tribunal ha d'escoltar les parts, admetre els documents que es presentin i acordar en forma d'interlocutòria el que consideri procedent dins el segon dia».

Com es veu, no es contempla altra prova distinta de la documental. En canvi poden ser necessaris altres mitjans de prova, especialment si s'ha de fer un control de transparència. Per això, i tenint en compte que la jurisprudència europea permet acordar prova d'ofici per al control de les clàusules abusives, s'ha d'admetre que es practiqui en aquesta supòsits altre tipus de prova distinta de la documental.

X. ELS EFECTES DE LA DECLARACIÓ DE NUL·LITAT DE LA CLÀUSULA ABUSIVA

També en aquesta matèria el punt de partida el marca la STJUE de 14 de juny de 2012 quan, en resposta a la qüestió que li plantejava l'Audiència Provincial de Barcelona sobre la compatibilitat amb la Directiva europea de consum de l'article 83 del RDLEG 1/2007, de 16 de novembre, que preveia la reintegració del contracte quan alguna de les seves clàusules és declarada nul·la, el Tribunal declara que:

«[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.»

És interessant saber que el TJUE fonamenta la seva decisió en la necessitat de mantenir l'efecte dissuasiu de la legislació de protecció dels consumidors que desapareixeria si la única conseqüència d'introduir una clàusula abusiva en un contracte fos que el jutge la reconduís a termes d'equitat, d'equilibri o d proporcionalitat. Així, en el paràgraf 69 la resolució diu:

«En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores [...], en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.»

Arran d'aquesta Sentència el legislador va reformar l'article 83 del text refós de Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris. Fins aleshores el precepte preveia que, en cas que es declarés la nul·litat d'una clàusula per ser abusiva, el jutge havia de reintegrar-la «d'acord amb el que disposen l'article 1.258 del Codi civil i el principi de bona fe objectiva» i, a tal efecte, el jutge disposava «de facultats moderadores respecte dels drets i obligacions de les parts».

Doncs bé, el que fa la reforma operada en aquesta norma per la Llei 3/2014, de 27 de març, és preveure expressament el control d'ofici de l'eventual caràcter abusiu d'una clàusula contractual, d'un costat, i, d'altre, fixar que l'efecte de l'abusivitat serà únicament la nul·litat, sense cap possibilitat de reintegrament. En efecte, recordem que l'article 83 del text refós, en la redacció actual estableix que: «Les clàusules abusives són nul·les de ple dret i s'han de tenir per no posades».

El reflex processal d'aquesta jurisprudència i de la modificació legislativa ha estat la introducció, per la Llei 1/2013, de 14 de maig, d'un nou punt, el 3r, en l'apartat 1 de l'article 561 LEC que ara estableix que quan s'aprecii

el caràcter abusiu d'una o varies clàusules, la corresponent interlocutòria ha de determinar els efectes en el procés, que poden ser o bé la terminació (sobresèiment) o bé la continuació sense aplicació de les clàusules abusives; i la mateixa previsió conté l'article 695.3 per a la interlocutòria que estimi l'oposició per clàusules abusives formulada en una execució hipotecària.

Ara bé, malgrat l'aparent claredat de l'article 83 del RDLEG 1/2007, de 16 de novembre, i del que disposa l'article 1303 Cc que, recordem-ho, estableix que: «Declarada la nul·litat de una obligació, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses», la qüestió dels efectes de la declaració de nul·litat ha donat peu a diverses línies interpretatives en doctrina i jurisprudència i a que es fixessin distints efectes per la nul·litat segons el tipus de clàusula. Les més freqüents són la clàusula d'interessos moratoris abusius, la de venciment anticipat i la clàusula sòl. A elles es farà una breu referència.

A) Interessos moratoris

Pel que fa a la clàusula que estipula interessos moratoris abusius, la negació total d'eficàcia, la meritació d'interessos moratoris zero, ha estat considerada com un estímul a l'incompliment del deutor, i per evitar-ho s'ha acudit a diferents expedients.

Així, d'acord amb una primera postura, en cas de nul·litat de la clàusula d'interessos moratoris es meritarien els interessos legals de l'article 1108 Cc que és el que preveu el nostre ordenament jurídic, precisament, pel cas de mora en el compliment d'una obligació dinerària en defecte de pacte exprés.

En canvi, per a altres, l'aplicació de l'article 1108 Cc atempta al principi de no integració de les clàusules abusives reiterat per la jurisprudència europea i recollit en la legislació nacional. Substituir els interessos abusius pels interessos legals pot produir l'efecte contra el qual sempre adverteix el TJUE: no es pot reintegrar la clàusula abusiva perquè, si això es fa, la legislació sobre protecció dels consumidors deixaria de tenir efecte dissuasiu.

A això es pot afegir que l'article 1108 Cc és una norma de naturalesa dispositiva que té com a finalitat suplir el pacte entre les parts, però no sembla que es pugui aplicar a un supòsit enterament distint com és el de la declaració de nul·litat. En efecte, la nul·litat contractual suposa que sí hi ha hagut consentiment de les parts però aquest ha estat privat d'eficàcia. Pareix que no és un cas semblant al de la inexistència inicial de pacte d'interessos moratoris.

Segons un segon parer, que és el que ha prevalgut en l'Audiència Provincial de Balears, els únics interessos que es meriten, un cop declarada la nul·litat, són els processals, és a dir, els de l'article 576 LEC. Aquesta solució té el punt dèbil que quan es tracta de l'execució d'un títol no judicial no hi ha exactament una sentència o resolució que condemni al pagament d'una quantitat de doblers líquida, tal com demana el precepte, e partir de la qual es meritarien els interessos. El que venen mantenint els partidaris d'aquesta opció és que aquesta «resolució» seria la interlocutòria per despatxar l'execució. Aquest criteri té l'avantatge que el que es meriten són interessos processals, no materials derivats de la clàusula declarada abusiva i, per tant, no es pot considerar mai com una reintegració de l'estipulació esmentada.

Darrerament, el TS ha mediat en aquesta polèmica tot dictant el 22 d'abril de 2015 una sentència de ple en la qual estableix que després de la supressió, per abusiva, d'una clàusula d'interessos moratoris es meriten els interessos remuneratoris. El raonament de l'Alt Tribunal és el següent:

«[...] la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar “reducción conservadora de la validez”), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.»

La doctrina recollida en aquesta Sentència ha estat reiterada en la de 7 de setembre de 2015, en la qual llegim:

«La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula [...]» (fonament jurídic 6è, apartat 5).

En canvi, a l'hora de concretar les conseqüències de la declaració de nul·litat de la clàusula que estableix un interès de demora abusiu, el TS assenyala que:

«La cláusula que establece el interés de demora supone la adición de determinados puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio [...]

el análisis de la función y finalidad de dicha cláusula lleva a la conclusión de que con ella se persigue incrementar en un determinado porcentaje el interés remuneratorio para que, además de retribuirse la disponibilidad del dinero por parte del prestatario, función que cumple el interés remuneratorio, se le disuada de incurrir en retraso en el cumplimiento del calendario de amortización del préstamo e indemnice al prestamista los daños y perjuicios que le provocan tal retraso.

[...]

En consecuencia, lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo o incremento sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no está aquejado de abusividad y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.»

El que sembla discutible d'aquesta solució és que pareix oblidar que un cop produït l'incompliment del deutor i, per tant, vençuda anticipadament l'obligació, ja no hi ha interessos remuneratoris. Si en període d'incompliment es dona nova vigència a la clàusula d'interessos remuneratoris en substitució de la d'interessos moratoris s'està reintegrant la clàusula que s'havia declarat nul·la, està recobrant eficàcia una clàusula morta per la via de canviar la qualificació dels interessos de remuneratoris a moratoris. Si la finalitat de la no reintegració reestructuradora de les clàusules declarades nul·les, per abusives –de la que el propi TS anomena «reducció conservadora de la validez»–, és mantenir la finalitat dissuasiva de la legislació de protecció dels consumidors, pareix clar que aquest efecte no es complirà si el professional predisposant sap que després de l'incompliment es continuarà meritant l'interès remuneratori.

1. Renúncia al percentatge d'interessos que es considera abusiu

En relació amb els interessos moratoris s'ha plantejat en la pràctica la qüestió de si la part actora pot renunciar als interessos que podrien ser declarats abusius i reclamar tan sols els corresponents a un tipus moderat pel mateix demandant ja en l'escrit iniciador del procés, per reconduir la seva petició, per exemple, al límit de l'article 114 de la Llei hipotecària –3 vegades l'interès legal quan la finca hipotecada és l'habitatge habitual.

Aquesta opció s'ha rebutjat, en general, amb l'argument que suposava la reintegració d'una clàusula abusiva que d'aquesta manera quedaria a l'arbitri de les parts. Es pot dir, doncs, que en aquests casos no resulta d'aplicació

l'article 573.3 LEC quan preveu que:

«Si el acreedor tuviera duda sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que le resulta indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución».

Es tracta, doncs, d'una nova limitació al principi dispositiu, pròpia dels processos de consum.

2. El cas especial dels interessos moratoris d'un crèdit garantit amb hipoteca sobre l'habitatge habitual

Quan els interessos han estat pactats en un préstec o crèdit garantit amb hipoteca la qüestió de la reintegració del contracte ofereix la dificultat addicional que se'n deriva de la reforma de l'article 114 de la Llei hipotecària duta a terme per la Llei 1/2013, de 14 de maig, i de la disposició transitòria segona d'aquesta Llei. En efecte, la nova Llei ha afegit un 3r paràgraf a l'article 114 de la Llei hipotecària que disposa:

«Els interessos de demora de préstecs o crèdits per a l'adquisició de residència habitual, garantits amb hipoteques constituïdes sobre el mateix habitatge no poden ser superiors a tres vegades l'interès legal del diner i només es poden meritjar sobre el principal pendent de pagament [...]».

Per la seva banda, la disposició transitòria segona de l'esmentada Llei 1/2013, de 14 de maig, estableix que:

«La limitació dels interessos de demora d'hipoteques constituïdes sobre residència habitual que preveu l'article 3 apartat dos és aplicable a les hipoteques constituïdes amb posterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta Llei.

Així mateix, aquesta limitació és aplicable als interessos de demora previstos en els préstecs amb garantia d'hipoteca sobre residència habitual, constituïts abans de l'entrada en vigor de la Llei, que es meritin amb posterioritat a aquesta Llei, així com als que havent-se meritat en aquesta data no s'hagin satisfet.

En els procediments d'execució o venda extrajudicial iniciats i no conclosos a l'entrada en vigor d'aquesta Llei, i en què ja s'hagi fixat la quantitat per la qual se sol·licita que es despatxi l'execució o la venda extrajudicial, el

secretari judicial o el notari ha de donar a l'executant un termini de 10 dies perquè recalculi aquella quantitat de conformitat amb el que disposa l'apartat anterior».

Bé, doncs, el problema ha radicat que aquesta possibilitat legal de «recalcul» els interessos moratoris abusius ha estat considerada contrària a la jurisprudència europea que, com hem vist abans, prohibeix la reintegració.

Aquesta eventual incompatibilitat entre la legislació nacional i l'europea va ser plantejada, mitjançant la corresponent qüestió prejudicial pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció número 2, de Marchena, que la va elevar al TJUE i que va donar lloc a la Sentència de 21 de gener de 2015 (Unicaja Banco i Caixabanc), a la qual ens referirem més endavant.

Mentre la qüestió es resolia, alguns jutjats i audiències provincials, entre elles la de Balears, varen considerar que es podia fer una «interpretació conforme» que fes compatible ambdues normatives, la nacional i l'europea, i que seria la següent: la disposició transitòria segona de la Llei 1/2013, de 14 de maig, és aplicable quan els interessos de demora previstos en els préstecs amb garantia d'hipoteca sobre habitatge habitual, constituïts abans de l'entrada en vigor de la nova limitació continguda en l'article 114 de la Llei hipotecària, no hagin estat declarats abusius. És a dir, quan siguin superiors al límit legal –tres vegades l'interès legal dels diners– però no abusius. Per exemple, en l'actualitat, uns interessos moratoris del 13% podrien trobar-se en tal situació. Però aquesta norma no seria aplicable en aquells supòsits en els quals la clàusula d'interessos moratoris és nul·la per abusiva, per exemple, perquè el tipus sigui del 24 o 29%, com hi ha hagut casos.

Aquesta interpretació, a més d'adequar-se a l'ordenament jurídic europeu, guardaria coherència amb el sistema hipotecari nacional contemplat en el seu conjunt ja que no tindria sentit que si el préstec no es va contreure per a l'adquisició d'habitatge habitual i la garantia hipotecària no recau sobre aquesta, la clàusula moratòria abusiva sigui nul·la i no hi càpiga recàlcul ni reintegració (en aplicació de la Sentència del Tribunal Europeu de Justícia de 14 de juny de 2012) i, en canvi, si hi càpiga aquest recàlcul en l'altre cas, és a dir, quan el préstec es va concedir per a l'adquisició de l'habitatge habitual i la garantia hipotecària recau sobre aquesta i quan, per tant, la protecció legal al deutor hauria de ser més intensa.

Però, com dèiem, el TJUE ha abordat l'examen de la qüestió en la Sentència de 21 de gener de 2015 (Unicaja Banco i Caixabanc) en la part dispositiva de la qual conclou que:

«El artículo 6, apartado 1, de 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 no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

- no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y
- no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es “abusiva” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.»

Podríem dir que, en certa manera, el tribunal deixa les espases en alt ja que, per un costat, declara que la disposició transitòria segona de la Llei 1/2013, de 14 de maig, no és contrària a la Directiva europea sobre consum però, per altra banda, estableix que el jutge pot continuar declarant abusiva la clàusula d'interessos moratoris amb independència del límit legal i, en aquest cas, no la pot reintegrar.

El TJUE parteix del fet que l'àmbit d'aplicació de la disposició transitòria segona de la Llei 1/2013 contempla qualsevol préstec hipotecari que té per objecte l'habitatge habitual i no és el mateix que el de la Directiva 93/13/CEE, i també deixa clar que el límit del nou article 114 de la Llei hipotecària –tres vegades l'interès legal dels doblers– no és un cànon per determinar l'abusivitat d'una clàusula d'interessos moratoris.

B) Venciment anticipat

El punt de partida és que, abans de la crisi econòmica, gairebé tots els préstecs o crèdits amb garantia hipotecària incloïen una clàusula en virtut de la qual bastava l'impagament d'una sola de les quotes, de periodicitat normalment mensual, perquè l'entitat bancària donés el contracte per resolt

i pogués reclamar la totalitat de les quotes degudes fins al venciment del contracte que, d'aquesta manera, quedava anticipat.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea va abordar aquesta qüestió ja en la seva famosa Sentència Mohamed Aziz, de 14 de març de 2013, en la qual es concreten els paràmetres als quals el Jutge nacional ha d'atendre per determinar si la clàusula de venciment anticipat és abusiva o no:

«En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

Precisament, amb la finalitat d'incorporar aquesta doctrina al nostre ordenament positiu en matèria d'execució hipotecària, la Llei 1/2013, de 14 de maig, va donar nova redacció a l'article 693.2 LEC que ara disposa:

«Es pot reclamar la totalitat del que es degui per capital i per interessos si s'ha acordat el venciment total en cas de falta de pagament de, com a mínim, tres terminis mensuals sense que el deutor compleixi l'obligació de pagament o un nombre de quotes tal que suposi que el deutor ha incomplert la seva obligació per un termini, almenys, equivalent a tres mesos, i aquest conveni consti en l'escriptura de constitució».

En general, els tribunals, entre aquests l'Audiència Provincial de Balears, venien considerant que encara que s'hagués pactat una clàusula de venciment anticipat per l'impagament d'una quota mensual, si el banc no feia ús d'aquesta facultat i deixava passar tres mesos o més abans d'instar l'execució, no es podria apreciar l'abusivitat. Aquesta postura es fonamenta bàsicament en l'argument que l'article 695.1.4a LEC permet l'oposició a la interlocutòria despatxant l'execució hipotecària basant-se en «El caràcter

abusiu d'una clàusula contractual que constitueixi el fonament de l'execució o que hagués determinat la quantitat exigible». Així, en el cas que en l'escriptura de préstec amb garantia hipotecària s'hagi pactat una clàusula de venciment anticipat per l'impagament de qualsevol de les quotes, com sol ser fórmula habitual, que, no obstant això, no és utilitzada per la prestadora com a fonament de l'execució, ja que ha deixat transcórrer un nombre de mensualitats impagades superior, no podrà ser invocat el caràcter abusiu de tal clàusula ja que no ha servit de fonament a l'execució.

La complexitat de la qüestió s'ha redoblat després de la Interlocutòria del Tribunal de Justícia de la Unió Europea d'11 de juny de 2015 en la qual, en relació amb la clàusula de venciment anticipat, s'estableix que l'abusivitat i les conseqüències d'aquesta possible abusivitat no poden quedar supeditades al fet que la clàusula s'apliqui o no en la pràctica. En concret, el Tribunal europeu diu:

«[...] la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter “abusivo” –en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13– de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la mencionada cláusula».

Aquest posicionament del TJUE invalida la interpretació “dinàmica” de la clàusula de venciment anticipada que venien fent molts de tribunals espanyols i que la contemplava en el seu funcionament prenent en compte la manera en què havia operat efectivament, i obliga a una interpretació “estàtica”, en abstracte, sense prendre en consideració la manera en que s'apliqui.

La qüestió ha arribat al Tribunal Suprem que, en la seva sentència de 23 de desembre de 2015, ha considerat abusiva la clàusula de venciment anticipat, però, en canvi no ha declarat el sobreseïment del procés si l'esmentada clàusula es fa valer en una execució hipotecària.

En efecte, el TS entén que la clàusula de venciment anticipat és abusiva però, en realitat, no ho justifica amb profunditat. El seu raonament en relació a aquest punt es concentra en el següent paràgraf:

“la cláusula controvertida [...] ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de

reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves”.

En canvi, amb una sortida un tant sorprenent (contra la qual s'alça un fonamentat vot particular), l'Alt Tribunal no en fa derivar la conseqüència pròpia de l'apreciació del caràcter abusiu d'una clàusula contractual que seria el sobreïment del procés en el qual es fa valer, si això es produeix en el sí d'un procés d'execució hipotecària.

Com a primer argument pel no sobreïment, el TS acudeix a una consideració de caire general com és que no es poden adoptar decisions que “tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad”. El TS utilitza aquí un raonament que no pareix propi de la jurisdicció la qual, per la seva pròpia naturalesa, ha de contemplar cada cas en la seva singularitat i no en una perspectiva general més aviat pròpia del legislador.

I com argument jurídic el TS assenjala que en el procés d'execució hipotecària el sobreïment seria perjudicial per al consumidor ja que en ell gaudeix de la possibilitat de enervar l'acció que li concedeix l'article 693.3 de la LEC; de la de quedar alliberat de responsabilitat en els casos de l'art. 579 LEC que regula l'adjudicació de l'habitatge habitual hipotecat quan el preu de la subhasta ha estat insuficient; o de la continguda en l'art. 682-2-1^a LEC , quan estableix que el valor de taxació a efectes de la subhasta no podrà ser inferior al 75% del valor de taxació que va servir per a concedir el préstec; avantatges no es donen en el judici declaratiu.

Doncs bé, el TS, al utilitzar aquest segon argument tal vegada no hagi seguit estrictament la doctrina del TJUE en relació a la manera de dur a terme el control d'abusivitat de la clàusula de venciment anticipat.

Efectivament, la interlocutòria del TJUE de 11 de juny de 2015 i, abans d'ella, la sentència del TJUE de 14 de març de 2013 i la interlocutòria de de 14 de novembre de 2013 havien establert, com a un dels paràmetres per a determinar si la clàusula de venciment anticipat és abusiva, “La cuestión de si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al

consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos de la resolución unilateral del contrato de préstamo” (interlocutoria de 14 de noviembre de 2013).

Per tant, la possibilitat que ofereix l'article 693.3 de la LEC d'enervar l'acció d'execució hipotecària (vinculant per l'executant quan el bé hipotecat és l'habitatge habitual), hauria d'haver estat presa en consideració pel TS en el moment de fer el control d'abusivitat de la clàusula de venciment anticipat, no després, com ho fa, per justificar el no sobreseïment del procés d'execució hipotecària en el qual es fa valer la clàusula declarada nul·la per abusiva.

En qualsevol cas, la sentència que comentem, de 23 de desembre de 2015, ha estat seguida, fins i tot literalment, per un altra posterior, de 18 de febrer de 2016 i, en constitueix, per tant, jurisprudència.

C) Clàusula sòl

Els problemes de la nul·litat de la clàusula sòl inclosa a una tercera part dels préstecs amb garantia hipotecària atorgats en el nostre país¹⁰ han girat al voltant dels efectes retroactius d'aquesta declaració.

La STS de 9 de maig de 2013, que declara nul·la la clàusula sòl com a conseqüència del control de transparència a què la sotmet, no va acordar la restitució dels doblers indegudament cobrats per les entitats bancàries.

La Sentència es va dictar en un procés en què s'exercitava una acció col·lectiva de cessació a la qual no s'havia acumulat l'acció de devolució de les quantitats. Però aquesta no és la raó per la qual el TS opta per la irretroactivitat de la declaració de nul·litat. En efecte, el Tribunal considera que quan s'exercita una acció de cessació no hi ha cap inconvenient per a un pronunciament judicial sobre els efectes retroactius de la nul·litat, conclusió a la qual hagués pogut arribar també com a conseqüència de la mateixa jurisprudència sobre aplicació d'ofici dels efectes *ex tunc* de la nul·litat contractual que se'n deriven de l'article 1303 Cc.

Per això, el TS entra en la qüestió i decideix que la declaració de nul·litat no tindrà efectes retroactius. La raó de més pes que dóna és que la retroactivitat produiria «trastorns graves con trascendencia al orden público económico» (apartat 293).

10.- Vegeu López Jiménez, José María. «La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre la cláusula suelo: una sentencia reiterativa e insuficiente». La Ley, núm. 8411 (21 de novembre de 2014).

La decisió de l'Alt Tribunal va produir perplexitat per dues raons. En primer lloc, perquè és contrària a l'article 1303 Cc que d'una manera molt clara estableix que la conseqüència de la declaració de nul·litat contractual és la restitució recíproca de les prestacions. És cert que el TS havia admès algunes excepcions a aquesta regla. Així, la Sentència de 13 de març de 2012 declara la nul·litat de la contractació d'un servei de televisió digital i conclou que l'empresa no ha de tornar al seu client les quantitats abonades per l'ús del corresponent descodificador; i la Sentència de 26 de febrer de 2009 acorda que malgrat la nul·litat d'un contracte d'abanderament, l'empresa titular de l'estació de servei no havia de tornar quantitat alguna ja que durant la vigència del contracte havia venut carburant a tercers i havia obtingut els corresponents beneficis.

Però, en aquests supòsits, el que el TS intenta és evitar l'enriquiment injust. En canvi, en el cas de la clàusula sòl, la retroactivitat no podia produir cap enriquiment injust ja que mitjançant aquesta el banc no prestava cap servei al consumidor, al contrari, impedia que es pogués beneficiar de la baixada de l'EURIBOR.¹¹

Però, en segon lloc, i això és una crítica encara més de fons, es planteja si és o no funció del TS i, en general, dels jutges, vetlar per «l'ordre públic econòmic».

En efecte, i com s'ha apuntat en tractar de la clàusula de venciment anticipat, una de les característiques pròpies de la jurisdicció és la del tractament individualitzat de cada cas. Enfront de la generalitat que és pròpia de la llei, la jurisdicció tracta cada cas un a un, en la seva singularitat.

La jurisdicció és especialment apta per donar resposta a la creixent demanda contemporània de reconeixement de la individualitat. Segons ROSANVALLON, hem ingressat en una societat de la particularitat en la qual es fa precís, cada vegada més, estar atent a situacions individuals i tractar casos particulars, amb una més profunda preocupació per la particularitat dels individus, per tenir en compte la singularitat de les situacions, per apreciar-les en totes les seves dimensions, amb una immersió radical en el concret del món, en la singularitat de cada cas, per captar-ho en la seva diversitat i complexitat. Diu ROSANVALLON: «Cada cual quiere estar seguro de que ha sido escuchado, de ver que su problema es reconocido, saber que de alguna manera cuenta».¹²

11.- Així ho fa veure Achon Bruñén, María José, en «La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de 2015». La Ley, núm. 8561 (15 de juny de 2015).

12.- Rosanvallon, Pierre. La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad. Barcelona – Buenos Aires – México: Paidós, 2010, p. 252.

Gràcies a la seva independència, el jutge pot prescindir del pensament general per centrar-se en el cas ja que delimita un espai dins del qual les consideracions generals o el tractament estandarditzat dels casos no tenen cabuda i on és possible l'atenció particular al cas sotmès a la decisió judicial.

Si, al decidir un cas, el jutge vol que la seva solució formi part d'una línia general d'actuació, si pren en consideració la globalitat i no la particularitat, estarà adoptant un punt de vista que no és propi de la jurisdicció, sinó de la política, inclosa, evidentment, la més ben intencionada política.

És en aquest sentit que les consideracions relatives a l'economia general del país no poden constituir-se en fonament d'una decisió judicial. «L'ordre públic econòmic» és una categoria aliena al dret civil, de contingut imprecís i indeterminat, l'ús de la qual pot fer patir la seguretat jurídica, i que no s'havia d'haver configurat com a base d'una excepció tan important als efectes retroactius de la nul·litat contractual que estableix l'article 1303 Cc.

Ho diu molt clarament la doctora en dret processal MARÍA JOSÉ ACHÓN:¹³ «A nadie se le oculta que el trastorno que intenta evitar el TS no es a la economía general sino a las entidades financieras, riesgo que resulta infundado porque la pérdida de un beneficio mayor tampoco las llevará a la insolvencia, y aún con todo, no es función de los tribunales “rescatar a la banca” ni mirar por su saneamiento económico».

La Sentència de 9 de maig de 2013 va ser molt controvertida. Una part important de les audiències provincials varen entendre que la irretroactivitat tan sols regia en el cas que s'exercitessin accions col·lectives, però no individuals.

En aquest clima, i sense haver-se pronunciat sobre la qüestió la Sentència de 8 de setembre de 2014, per raons processals, el TS va dictar la Sentència de 25 de març de 2015, en la qual fixa com a doctrina:

«Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013».

13.- Vegeu l'article de La Ley «La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo: los discutibles argumentos...», esmentat abans.

Aquesta decisió ha estat objecte de distintes crítiques. En primer lloc, es critica l'assimilació que fa entre acció col·lectiva i acció individual de nul·litat. El TS exclou que la Sentència de 9 de maig de 2013 produís en aquest nou procés efecte de cosa jutjada respecte del pronunciament de no devolució de les quantitats indegudament cobrades, ja que a l'acció de cessació no se li va acumular la de devolució de les quantitats, però no obstant això considera que, als efectes de la qüestió debatuda, és irrellevant que l'acció que s'exerciti sigui col·lectiva o individual ja que el problema jurídic és el mateix. Aquest posicionament de l'Alt Tribunal ignora les profundes diferències que hi ha entre les dues accions ja que la de cessació presenta una legitimació activa restringida (article 16 de la Llei de condicions generals de la contractació), amb caràcter general és imprescriptible (article 19 de la mateixa norma) i els seus efectes es projecten cara al futur, són *ex nunc*; i, en canvi, qualsevol persona interessada pot exercitar l'acció individual de nul·litat, que està sotmesa a un termini de caducitat de quatre anys quan ho és d'anul·labilitat (article 1301 Cc), i els efectes de la qual són retroactius *ex tunc* (article 8 de la Llei de condicions generals de la contractació).

En segon lloc, la Sentència reitera l'argument del trastorn de l'ordre econòmic i el fa extensiu a les accions individuals quan diu:

«Pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto» (fonament jurídic novè, paràgraf 4).

El TS continua traspuant preocupació per la macroeconomia, no dóna cap passa en la definició del que s'ha d'entendre per «ordre públic econòmic», o en la ubicació d'aquest concepte indeterminat dins categories de naturalesa jurídica. Paradoxalment, en una sentència posterior, la de 28 d'abril de 2015, el TS sembla referir-se a «l'ordre públic econòmic» en un sentit invers, com a inspirador de la protecció del consumidor, tot indicant que els especials deures d'informació precontractual que incumbeixen al predisposant es

basen, precisament, en la tutela del consumidor consagrada en l'article 51 CE, «conforme al desenvolvimiento de las directrices de orden público económico» (fonament jurídic segon, paràgraf 4).

En tercer lloc, la Sentència de 25 de març de 2015 assenyala la data a partir de la qual la nul·litat ha de produir efectes no en relació amb un moment precís que es pugui donar en cada cas particular, en la formació del consentiment en cada contracte o en el seu compliment, sinó que estableix una data general, vàlida per a tots els casos, la de la publicació de la Sentència de 9 de maig de 2013, en una tècnica que sembla més pròpia del legislador que d'un òrgan jurisdiccional i que, en qualsevol cas, deixa ben palesa la nova importància que va adquirint la jurisprudència com a font del dret, la transcendència normativa del que s'ha anomenat la «norma jurisprudencial».¹⁴

Finalment, la STS de 25 de març de 2015 que comentem basa la seva decisió de retrotreure els efectes de la declaració de nul·litat a la data de publicació de la Sentència de l'Alt Tribunal de 9 de maig de 2013 en la bona fe quan argumenta que: «a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados» (fonament jurídic desè). Encara que la Sentència pretén una posició equidistant quan es refereix a l'al·legació de bona fe «por los círculos interesados», l'està presumint la bona fe, tan sols, en una de les parts, en les entitats financeres, no en el consumidor el consentiment del qual és el que la mateixa resolució considera que no ha estat format amb la deguda transparència, la bona fe del qual mereixia, almenys, la mateixa protecció, via presumpció, que la de les entitats bancàries.

Recentment els diaris donaven compte de la celebració de la vista de la qüestió prejudicial plantejada per l'Audiència Provincial de Granada, en la qual es demana al TJUE sobre els efectes retroactius de la declaració de nul·litat d'una clàusula sòl, en el procés interposat per Ausbanc contra Cajasur, la Comissió Europea havia emès un informe en el sentit que els bancs han de reintegrar la totalitat de les quantitats rebudes en virtut de les clàusules sòl, a favor, doncs, de la retroactivitat.¹⁵

La sentència s'espera a l'estiu de 2016.

14.- Vegeu Blasco Gascó, Francisco de Paula. La norma jurisprudencial (nacimiento eficacia y cambio de criterio). València: Tirant lo Blanch, 2000.

15.- Vegeu l'edició de 28 d'octubre de 2015 del diari El País.

XI. CONCLUSIONS

Amb aquesta exposició hem narrat, en certa manera, la història de com la crisi econòmica ha canviat el procés civil quan en aquest hi ha un consumidor.

Els avenços més importants s'han degut a la jurisprudència del TJUE dictada en resolució de qüestions prejudicials plantejades pels jutges espanyols, moltes vegades jutges de primera instància. D'aquesta col·laboració o diàleg entre el jutge nacional i el comunitari es poden treure algunes conclusions.

La primera és que sempre resulta problemàtic limitar la cognició del jutge. És a dir, resulta difícil d'entendre que es doni al jutge competència per executar un títol com, per exemple, una escriptura de préstec amb garantia hipotecària i, al mateix temps, imposar estrictes límits al seu coneixement, que impedeixin que pugui examinar el contracte del qual prové el títol. Aquestes limitacions resulten contràries a la naturalesa cognoscitiva de la jurisdicció, en la qual FERRAJOLI¹⁶ ha insistit tant, i és aquesta característica de la jurisdicció la que explica la tendència a sobrepassar els límits preestablerts a la plena cognició del jutge que ha de decidir un assumpte. És difícil ordenar al jutge que decideixi prescindint d'elements de fet o de dret que han aparegut en el procés amb incidència clara en el seu objecte. Si es considera que un títol ofereix tantes garanties que no ha de ser revisat per un jutge, val més que s'opti perquè la seva execució sigui a càrrec d'una autoritat o institució no jurisdiccional.

La segona conclusió és que el dret processal ha de complir sempre la seva funció de ser la via per a la realització dels drets que l'ordenament jurídic atribueix als ciutadans, i no es pot convertir en obstacle. Això és el que hi ha darrera de sentències com la de 14 de juny de 2012 o la de 14 de març de 2013, en les quals allò que apunta el TJUE és que no hi pot haver cap llei processal que faci impossible la protecció del consumidor enfront de la qual cedeixen regles i fins i tot principis entorn dels quals tradicionalment s'havia estructurat el procés civil, com són el dispositiu, el d'aportació de part o el de preclusió.

Finalment, el TJUE ha resultat ser menys permeable que els Alts Tribunals nacionals a consideracions generals, com les relatives a «l'ordre públic econòmic», i ha estat més agosarat a l'hora de dictar resolucions de protecció del consumidor enfront del sistema bancari.

16.- Vegeu Ferrajoli, Luigi. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Madrid: Ed. Trotta, 2011, págs. 33 a 208.

Tal vegada tot això hagi aixecat suspicàcies en el legislador i sigui aquest el motiu real de la reforma operada en la LOPJ per la LO 7/2015, de 21 de juliol, que ha introduït un nou article, el 4 bis, que diu el següent:

«1. Els jutges i tribunals han d'aplicar el dret de la Unió Europea de conformitat amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

2. Quan els tribunals decideixin plantejar una qüestió prejudicial europea, ho han de fer de conformitat amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i, en tot cas, mitjançant una interlocutòria, amb l'audiència prèvia de les parts.»

En alguns sectors de l'opinió pública¹⁷ aquesta novetat legislativa s'ha interpretat en el sentit que veda als òrgans judicials unipersonals el plantejament de qüestions prejudicials ja que el precepte parla de tribunals que decideixen plantejar una qüestió prejudicial europea, i un tribunal es pot entendre com un òrgan col·legiat.

Aquesta tesi no és desbaratada, perquè encara que és cert que la LEC es refereix sovint als tribunals incloent-hi els òrgans personals i els col·legiats, la LOPJ no segueix el mateix criteri i distingeix clarament entre un i l'altre.

En tot cas, no sembla possible que el legislador nacional limiti el plantejament de qüestions prejudicials davant el TJUE ja que la qüestió prejudicial apareix regulada en l'article 267 del Tractat de funcionament de la UE sense distingir entre un i altre tipus d'òrgan judicial en els termes següents:

«Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo».

Tal com s'haurà pogut comprovar, tot el que hem dit fins ara no és fruit d'una reflexió personal sinó més aviat el producte d'una intel·ligència col·lectiva: la dels jutges de l'ordre jurisdiccional civil encarats als nous problemes plantejats per una profunda crisi econòmica, noves qüestions que els jutges i jutgesses han analitzat en les seves resolucions, però també en els circuits informals de les jornades de formació, reunions d'unificació de criteris i fòrums d'Internet.

17.- Vegeu l'edició de 19 de setembre de 2014 de Lawyers press.

Diu en DWORKIN¹⁸ que el dret és com una novel·la en la qual cada generació de juristes afegeix un capítol que ha de ser coherent amb la història anterior perquè sinó la narració no s'entendria, però que, al mateix temps, ha de ser innovador, perquè en cas contrari no s'avançaria en la trama.

Això que els he contat és, doncs, el capítol que hem escrit els jutges civils d'aquest país en els darrers anys... Continuarà.

18.- Dworkin, Ronald. «Cómo el derecho se parece a la literatura», en La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2002, pàgs. 143-181.