

foro judicial independiente

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CLAUSULAS ABUSIVAS

A raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de marzo de 2013¹, en la que se resuelven varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona en relación con determinadas cláusulas contenidas en un contrato de préstamo hipotecario, hemos asistido a un auténtico aluvión de resoluciones judiciales que declaran de oficio la nulidad por abusivas de algunas cláusulas habituales en ese tipo de contratos, particularmente las atinentes a los intereses de demora y, en menor medida, a la resolución del contrato por la entidad financiera en caso de impago de las cuotas estipuladas.

La interpretación que hace el TJUE de la Directiva 13/1993 de 5 de abril de 1993, sobre Protección al Consumidor frente Cláusulas Abusivas, en dicha sentencia no es ni mucho menos nueva. Por el contrario, data al menos del año 2.000. En ese año se dicta la sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941) que contiene las líneas esenciales de la doctrina que va a mantener el TJUE hasta la citada sentencia de 2.013 y con posterioridad a la misma.

La notoriedad que ha alcanzando ahora esa doctrina encuentra su explicación en que aborda específicamente el tema de las cláusulas abusivas en las ejecuciones hipotecarias cuando, por la crisis económica que se desencadena en el año 2.008, proliferan este tipo de procedimientos. Los desahucios de vivienda por ejecuciones hipotecarias se han convertido en nuestro país en un auténtico problema social que ha sensibilizado a la opinión pública sobre el problema de las cláusulas bancarias abusivas en general y, en particular, sobre el carácter desproporcionado de los intereses moratorios que habitualmente se establecen.

Sin embargo las resoluciones que se han dictado a raíz de la citada sentencia no siempre

1 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 14-3-2013, n.º C-415/2011

interpretan ni aplican correctamente la doctrina del TJUE. Con frecuencia se hace una aplicación parcial, incompleta o desenfocada de la misma, basada muchas veces en frases o párrafos sacados de contexto. Particularmente ha dado lugar a una cierta inseguridad jurídica el quebrantamiento de normas de procedimiento que no justifica la aplicación de la jurisprudencia europea.

Por otra parte, la sentencia ha tenido una reacción legislativa. La Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios², ha tratado de dar una solución legal, sin mucho éxito puesto que no ataca la raíz del problema que, en mi opinión, es un procedimiento de ejecución hipotecaria que carece de las mínimas garantías jurisdiccionales y que roza la inconstitucionalidad. Por ello, a pesar de esa Ley, siguen dictándose resoluciones que acuden directamente a la jurisprudencia del TJU. El objetivo de este estudio es poner de relieve la necesidad de un mayor rigor y profundidad a la hora de aplicar la jurisprudencia del TJUE y encajarla adecuadamente en nuestro derecho nacional.

Fundamento de la doctrina sobre cláusulas abusivas del TJUE.- De la lectura de muchas de las resoluciones judiciales a que se ha hecho referencia, parece que el órgano judicial no tiene una idea clara del fundamento y razón de ser de la Directiva 13/1993 y de la interpretación que sobre la misma realiza el TJUE. Se enfoca la cuestión como una especie de enfrentamiento entre consumidores y empresarios, en el cual corresponde el papel de víctima a los consumidores, asignando el papel de villanos a las entidades financieras. Nada más lejos de la realidad. El objetivo tanto de la directiva como de la jurisprudencia creada por el TJUE es preservar el sistema económico alrededor del cual se crea la Unión Europea, la economía libre de mercado, y su presupuesto jurídico, la libertad de contratación y la igualdad real de las partes en el momento de contratar. Como señala la sentencia de 6 de octubre de 2.009 del TJUE³ la directiva 13/1993 constituye una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta. Tal directiva por tanto se dicta en beneficio de la prosperidad de todos los ciudadanos, ya actúen en el tráfico económico en un momento dado como consumidores o empresarios, papeles que por lo demás no son permanentes, por cuanto que va destinada a garantizar un equilibrio entre las partes contractuales sin el cual no es posible conseguir esos objetivos.

Conviene recordar que el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, en su redacción actual, cifra como objetivo el establecimiento de un mercado interior basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios y en una economía social de mercado. En los actuales artículos 119 y 120 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se concretan estos fines y medios y se mencionan específicamente los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia. Es decir, el instrumento indispensable para conseguir la elevación del nivel y de la calidad de vida es la economía libre de mercado.

Cuando el apartado 6, apartado 1, de la Directiva establece que no vincularan a los consumidores las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un

2 Contra la solución que ofrece dicha Ley 1/2013 se ha planteado una cuestión prejudicial por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 1 de febrero de 2.014, basada en que la moderación que realiza de los intereses moratorios es contraria a la interpretación que el TJUE realiza de la directiva 13/1993.

3 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 6-10-2009, n.º C-40/2008, apartado 51.

profesional, no está pensando en una protección del consumidor como algo beneficioso en sí mismo, partiendo de un concepto unidimensional de consumidor que no existe en la realidad, sino en que la economía de mercado abierta y la libre competencia, principios en los que se basa el sistema económico de la Unión Europea y cuyo respeto, por tanto, es básico para conseguir la prosperidad y bienestar de los ciudadanos, requiere como presupuesto jurídico una real y verdadera libertad a la hora de concertar contratos. Cuando los ciudadanos actúan en el mercado como consumidores y concertan contratos con empresarios, que también son ciudadanos, es una realidad estadística que se encuentran en una situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que, como regla general, le lleva a adherirse a las condiciones pactadas de antemano por el profesional en el contenido de éstas y que puede dar lugar a la imposición de unas condiciones abusivas, beneficiosas quizá para un concreto empresario, pero perjudiciales para el conjunto de los ciudadanos en cuanto que perturban la libre competencia. Esta situación entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato⁴.

La razón de ser de que se declare taxativamente el carácter no vinculante de las cláusulas abusivas por la Directiva no es la falta de conocimiento del consumidor o su posible error, sino que cabe sospechar fundadamente que no son fruto de una libre negociación, de modo que el empresario las ha introducido aprovechando su situación de superioridad. Y no sólo tiene capacidad de imponerlas, sino que se aprovecha de que el consumidor con frecuencia carece de posibilidades reales de utilizar medios para combatir su posterior eficacia.. Por ello se permite al Juez de oficio examinar esta situación y declarar la nulidad de la cláusula abusiva, sin necesidad de la previa invocación por parte del consumidor, ante la eventualidad de que este ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos⁵.

Lo prioritario es restaurar la situación de falta de equilibrio, puesto que sin él, como ya hemos dicho, no puede existir economía de mercado abierta y libre competencia. Ahora bien, por la misma razón tal intervención sólo puede producirse en cuanto que sea necesaria para restaurar el equilibrio entre las partes, en ningún caso puede tener como consecuencia que se cree una situación de desequilibrio a favor del consumidor y contra el empresario. Cualquier desequilibrio, en un sentido o en otro, es perjudicial para el sistema económico y por tanto para la prosperidad y bienestar del conjunto de los ciudadanos, ya sean empresarios o consumidores, condiciones que en absoluto son incompatibles y que no delimitan de forma fija e inmutable al conjunto de los ciudadanos.

Un ejemplo claro de este planteamiento podemos encontrarlo en la **sentencia de 15 de marzo de 2012**⁶. Se dice en esta sentencia que el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para el consumidor para no proceder a la anulación de un contrato en su conjunto cuando la eliminación de las cláusulas abusivas le prive de causa para la otra parte. No se trata de favorecer al consumidor, sino de restaurar la situación de equilibrio imprescindible para la libre competencia. Si las cláusulas que se declaran abusivas son de tal entidad que su eliminación priva al contrato de su sentido económico, haciéndolo gravoso para el empresario, la solución desde el punto de vista del interés de la economía de mercado abierta y de libre competencia es su anulación.

4 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 26-10-2006, n.º C-168/2005, apartados 25 y 26.

5 Tribunal de Justicia (CE), Sala 5ª, S 21-11-2002, n.º C-473/2000, apartados 33 y 34

6 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 15-3-2012, n.º C-453/2010, apartados 33 y 36.

Aplicación por el Juez nacional de la Directiva 93/13.- La jurisprudencia del TJUE considera la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula un medio idóneo para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva, es decir, impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva, y para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, en cuanto que medio eficaz, por su carácter disuasorio, para que cese el uso de cláusulas abusivas⁷. Pero en ningún caso de ello resulta que el Juez nacional pueda prescindir en la aplicación de la Directiva de las normas de procedimiento que le vinculan.

A falta de normativa comunitaria, la determinación de la regulación procesal destinada a salvaguardar los derechos que el Derecho Comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros. Sólo cabe examinar de oficio una cláusula abusiva cuando lo permita y en la forma que lo permita el derecho procesal nacional (principio de autonomía). Tal principio de autonomía tiene dos limitaciones: que esta regulación nacional aplicable al derecho comunitario no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)⁸.

Pasamos a examinar con detalle estos tres principios que determinan los cauces procesales que puede utilizar el Juez nacional para declarar de oficio una cláusula como abusiva.

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA.- La jurisprudencia del TJUE parte del principio de que el Juez nacional debe respetar y actuar conforme a sus reglas procesales internas⁹ que sólo excepcionalmente cabe desconocer (particularmente por la aplicación del principio de efectividad como luego veremos). **El Juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, pero cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios a estos efectos¹⁰ y se lo permitan sus reglas procesales internas.**

Como ya hemos dicho, esta apreciación de oficio la considera necesaria el TJUE para garantizar una protección efectiva al consumidor habida cuenta del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos,¹¹ pero no implica necesariamente ignorar las normas procesales de derecho interno. **En particular esta apreciación de oficio no es incompatible con respetar el derecho de defensa de todas las partes, y particularmente el principio de contradicción, resolviendo sólo tras la posibilidad de un debate contradictorio según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales¹².** De ese debate puede incluso resultar que el consumidor se oponga a la consideración de la cláusula como abusiva, en cuyo caso no cabrá hacer tal declaración¹³. Y desde luego la normativa comunitaria no debe ser

7 Tribunal de Justicia (CE), Sala 5ª, S 21-11-2002, n.º C-473/2000, apartados 32 y 33.

8 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 26-10-2006, n.º C-168/2005, apartado 24.

9 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 30-5-2013, n.º C-397/2011, apartado 53.

10 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 30-5-2013, n.º C-488/2011, apartado 40, y Sala 3ª, S 27-2-2014, n.º C-470/2012, apartado 42, por citar las más recientes.

11 Tribunal de Justicia (CE) Sala 5ª S 21-11-2002, n.º C-473/2000, apartado 33.

12 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 21-2-2013, n.º C-472/2011, apartados 29 y 31.

13 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª S 30-5-2013, n.º C-488/2011, apartado 41, por ejemplo.

interpretada de forma que exija suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor interesado que, por ejemplo, ni participó en el procedimiento arbitral ni promovió la nulidad del laudo arbitral que, en consecuencia, pasó a ser firme¹⁴.

En un proceso el Juez tendrá los elementos de hecho y de derecho necesarios en el momento en que esté en disposición de dictar resolución sobre el fondo del asunto y, por tanto, normalmente deberá esperar a llegar a esa fase procesal para apreciar la cláusula abusiva, sin perjuicio de que pueda hacerlo aún cuando no lo haya alegado el consumidor.

Otro ejemplo de la necesidad de respetar las normas procesales internas es la **sentencia de 6 de octubre de 2.009**¹⁵ conforme a la cual **el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, del Derecho comunitario por la resolución en cuestión.**

Finalmente es interesante mencionar la **sentencia dictada el día 30 de mayo de 2.013**. Esta sentencia estudia si el Tribunal que conoce del litigio en apelación puede declarar la nulidad de una cláusula abusiva si la cuestión no ha sido planteada ni resuelta en la primera instancia, por cuanto que conforme al Derecho nacional del caso, como regla general, en instancia de apelación no se pueden tener en cuenta hechos o pruebas nuevos. La solución que da el TJUE es respetar el derecho interno, en tanto en cuanto el Juez nacional está obligado a interpretar y aplicar todas las disposiciones nacionales de que se trata, en cuanto sea posible, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. Por tanto **sólo cabe apreciar en apelación esa nulidad si ello no contraviene las normas de Derecho procesal interno que regulan el recurso de apelación**. En el caso concreto el TJUE se inclina por una solución favorable a tal posibilidad en cuanto que el Derecho húngaro, país desde el que se plantea la cuestión prejudicial permite apreciar de oficio un supuesto de nulidad en apelación si la existencia de la causa de ésta resulta con claridad de las actuaciones de primera instancia¹⁶. Concluye pues que si existen medios procesales para hacer efectivo el Derecho comunitario, ha de estarse a los mismos, aunque deja abierta la posibilidad en el apartado 29 de que hubiera de buscarse otra solución en virtud del principio de efectividad si se advirtiese, como no es el caso, que las reglas procesales nacionales aplicables en el litigio principal puedan hacer imposible o excesivamente difícil la salvaguardia de los derechos que la Directiva 93/13 confiere al consumidor.

En conclusión y conforme a este principio de autonomía, el Juez para apreciar la condición abusiva de una cláusula debe respetar las normas procesales internas, de las que sólo excepcionalmente podrá apartarse en el caso de que las mismas hicieran imposible o excesivamente difícil la salvaguardia de los derechos protegidos por la Directiva 93/13.

PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA.- El principio de equivalencia exige que las condiciones impuestas por el Derecho nacional para que se plantee de oficio una norma de Derecho comunitario no sean menos favorables que las que rigen la aplicación de oficio de normas del mismo rango de Derecho interno. Para comprobar si dicho principio se respeta en el asunto

14 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 6-10-2009, n.º C-40/2008, apartado 47.

15 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 6-10-2009, n.º C-40/2008, apartados 36 y 37, con cita de otras.

16 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 30-5-2013, n.º C-397/2011, apartados 23 y 32 a 38.

pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, le corresponde a éste, que el el único que conoce directamente la regulación procesal de los recursos en el ámbito del derecho interno, examinar tanto el objeto como los elementos esenciales de los recursos en el ámbito de carácter interno supuestamente similares¹⁷.

El principio de equivalencia no plantea problemas en el Derecho español en el que no existen normas específicas, especiales o distintas en orden a la aplicación del Derecho comunitario. Pero sí sirve para resolver en determinados supuestos el cauce a través del cual puede aplicarse de oficio el Derecho comunitario. En el tema que nos ocupa, ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del TJUE que **el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 es una disposición de carácter imperativo**. Más aún dicha Directiva en su totalidad constituye, como hemos indicado antes, una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta¹⁸. Por tanto **la infracción de dicho artículos debe recibir en el ordenamiento interno de cada país el mismo tratamiento que los actos contrarios al orden público**. Efectivamente dada la naturaleza y la importancia del interés público que fundamentan la Directiva en general y ese precepto en particular, debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público¹⁹.

De ello se deduce que cuando el ordenamiento procesal permita al Juez anular un contrato o una cláusula del mismo por ser contrario al orden público, deberá poder hacerlo cuando lo que se alegue es la existencia de una cláusula abusiva conforme a la Directiva, por tanto, no vinculante para el consumidor.

Ello se ha aplicado, por ejemplo, a cláusulas abusivas que se han pretendido hacer valer a través de laudos arbitrales. Así en la **sentencia dictada el día 26 de octubre de 2.006**²⁰, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid, el TJUE concluye que, en virtud de su equiparación a una decisión arbitral contraria al orden público, un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aún cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación.

Ya hemos visto antes que en la sentencia de 30 de mayo de 2013, n.º C-397/2011, se utiliza este mismo principio de equivalencia para entender que las normas procesales nacionales que regulan la apelación son suficientes para garantizar la efectividad de los derechos protegidos por la Directiva 93/13, especialmente el carácter no vinculante de las cláusulas abusivas, si permiten apreciar la nulidad de una cláusula en apelación, bien de oficio, aun cuando no hubiese sido planteada en la primera instancia, bien recalificando el fundamento jurídico de la demanda, cuando sean contrarias a normas de carácter imperativo, por cuanto que tal solución aplicable al Derecho nacional puede extenderse a las normas del Derecho comunitario. En el mismo sentido puede citarse la sentencia de 30 de mayo de 2013, n.º C-488/2011, que estipula, con respecto al derecho neerlandés, que la facultad del tribunal de apelación de examinar de oficio la validez de un acto jurídico que contraviene el orden público debe ser extendida a la aplicación de la Directiva 93/13.

17 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 6-10-2009, n.º C-40/2008, apartados 49 y 50, con cita de otras.

18 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 6-10-2009, n.º C-40/2008, apartados 30 y 51, con cita de otras.

19 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 6-10-2009, n.º C-40/2008, apartado 52.

20 Tribunal de Justicia (CE), Sala 1ª, S 26-10-2006, n.º C-168/2005, apartados 35 y 39.

Podemos concluir por tanto que la Directiva 93/13 tiene la condición de norma imperativa y su infracción debe equipararse a la infracción de normas de orden público del Derecho interno, de modo que en todos los casos en que conforme al Derecho interno quepa anular los actos contrarios a las mismas, cabrá igualmente alegar la nulidad de cláusulas abusivas conforme a dicha Directiva.

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.- Ya se ha dicho que de acuerdo con el principio de autonomía la aplicación del carácter no vinculante de las cláusulas abusivas debe hacerse valer por el Juez nacional a través de los mecanismos previstos en el Derecho procesal interno. Sólo excepcionalmente puede apartarse de esas normas procesales cuando no garantizan la efectividad de los derechos protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, por hacer imposible o excesivamente difícil su salvaguardia.

La cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales. **En todo caso el Juez nacional debe tener en cuenta los principios en que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento**²¹.

Una aplicación concreta del principio de efectividad correctamente entendido se hace en la **sentencia de 21 de noviembre de 2002**²². En dicha sentencia se estudia una cuestión prejudicial que plantea el tribunal d'instance de Vienne (Francia) en relación con el artículo L. 311.37 del code de la consommation, conforme al cual la posibilidad de anular cláusulas financieras abusivas tiene un plazo de preclusión de dos años. Resuelve el TJUE que, en aquellos procedimientos que tengan por objeto el cumplimiento de cláusulas abusivas, incoados por profesionales contra consumidores, la fijación de un límite de tiempo a la facultad del juez para aplicar tales cláusulas, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, puede atentar contra la efectividad de la protección que es objeto de los artículos 6 y 7 de la Directiva. Argumenta para ello que, para privar a los consumidores de dicha protección, a los profesionales les basta esperar a que haya expirado el plazo señalado por el legislador nacional y solicitar a continuación el cumplimiento de las cláusulas abusivas que siguen utilizando en los contratos. Dicha preclusión se opone por tanto a la Directiva y no es aplicable cuando el Juez deba resolver conforme a la misma.

En lo que respecta a nuestro derecho procesal, en los juicios declarativos ordinarios españoles no existen impedimentos o dificultades para la adecuada aplicación de la Directiva. Normalmente el Juez deberá hacer ese examen de oficio del carácter abusivo de una cláusula, si no ha sido alegada la cuestión por las partes, cuando deba dictar resolución sobre el fondo del asunto, lo que el derecho español permite sin problema alguno en los casos de nulidad radical por ser el acto contrario a normas de carácter imperativo. Excepcionalmente tal examen de oficio deberá hacerse en el momento de admitir a trámite la demanda cuando la no apreciación desde el inicio determina que la cláusula en cuestión ocasione un perjuicio, es decir, produzca siquiera sea temporalmente el efecto vinculante perseguido por el profesional. La mayoría de estos supuestos están expresamente previstos en la leyes procesales y en todo caso son apreciables de oficio si se

21 Tribunal de Justicia (CE) Sala 1ª S 6-10-2009, n.º C-40/2008, apartado 39.

22 Tribunal de Justicia (CE) Sala 5ª S 21-11-2002, n.º C-473/2000, apartado 35.

trata de supuestos contrarios al orden público.

El ejemplo más frecuente son las cláusulas que establecen la competencia territorial. Si por aplicación de una cláusula de tal naturaleza el empresario obliga al consumidor a personarse para oponerse en un tribunal distinto al que le corresponde, ello determinará un efecto vinculante perjudicial que debe ser anulado desde el principio. Por ello la sentencia 27 de junio de 2000 considera abusivas estas cláusulas y estima que el Juez debe de oficio excluir la aplicación de las mismas²³. También la sentencia de 4 de junio de 2009 del TJUE se pronuncia con respecto a este tipo de cláusulas. Tras recordar que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor en ningún caso y sin necesidad de que este la impugne con éxito²⁴ y que una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, que ha sido incluida sin ser objeto de negociación individual y que atribuye competencia exclusiva en cuya circunscripción está constituido el domicilio del profesional, puede ser abusiva²⁵, se pronuncia en el sentido de que el Juez debe abstenerse de aplicar la cláusula que determina la competencia territorial, salvo si el consumidor se opone, desde el mismo momento en que deba apreciar su competencia territorial²⁶.

Es más, en este supuesto específico de que la cláusula abusiva verse sobre la competencia territorial, la sentencia de 9 de noviembre de 2010 del TJUE resuelve que el Juez nacional debe incluso acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva es abusiva conforme a la Directiva²⁷.

En el Derecho español el carácter no vinculante de estas cláusulas atributivas de la competencia territorial está expresamente reconocida en el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), el cual establece que no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios. Por tanto la vigente LEC recoge ya la jurisprudencia del TJUE que se establece desde la sentencia de 27 de junio de 2000²⁸, debiendo entenderse tal apartado como una norma imperativa apreciable de oficio conforme al artículo 58 LEC. Además la Ley de Enjuiciamiento Civil permite de hecho la realización de diligencias en orden a averiguar el paradero del demandado. Si de tales diligencias resulta que la competencia territorial no está fijada conforme a su verdadero domicilio, sino por aplicación de una cláusula contractual el Juez deberá proceder a declarar su incompetencia territorial.

Más problemas puede plantear la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en el proceso monitorio²⁹, en el juicio cambiario o en los mal llamados procesos de ejecución de títulos

23 Tribunal de Justicia (CE) Gran Sala, S 27-6-2000, n.º C-240/98 a C-244/98, pronunciamientos 1 y 2.

24 Tribunal de Justicia (CE) Sala 4ª S 4-6-2009, n.º C-243/2008, apartado 28.

25 Tribunal de Justicia (CE) Sala 4ª S 4-6-2009, n.º C-243/2008, apartado 44.

26 Tribunal de Justicia (CE) Sala 4ª S 4-6-2009, n.º C-243/2008, apartado 35.

27 Tribunal de Justicia (CE) Gran Sala, S 9-11-2010, n.º C-137/2008, apartado 56.

28 Tribunal de Justicia (CE) Gran Sala, S 27-6-2000, n.º C-240/98 a C-244/98, pronunciamientos 1 y 2. Esta cuestión prejudicial la plantea precisamente el Juzgado de Primera Instancia n.º 35 de Barcelona antes de la entrada en vigor de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

29 Sobre el proceso monitorio se pronuncia expresamente Tribunal de Justicia (CE) Sala 1ª S 14-6-2012, n.º C-618/2010, a raíz de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona. En el apartado 48 señala que consta en autos que el sistema procesal español no solo no permite al juez nacional que conoce de una demanda en un proceso monitorio examinar de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula, sino que tampoco le permite pronunciarse sobre si tal cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público. En el apartado 57 concluye que ello contraviene la Directiva 93/13.

no judiciales en los que la oposición del demandado es eventual, lo que puede dar lugar a una ejecución sin una resolución judicial que se pronuncie sobre cuestiones de fondo en relación con la pretensión ejercitada por el demandante. Estos procedimientos, por cierto, plantean potencialmente un conflicto con el mandato constitucional conforme al cual los Jueces exclusivamente juzgan y hacen ejecutar los juzgado³⁰, es decir, no caben ejecuciones que no estén precedidas de una resolución judicial sobre la pretensión que se trata de ejecutar.

La eventual falta de una resolución sobre el fondo de la pretensión se trata de suplir con una mayor capacidad del Juez para examinar de oficio la corrección o suficiencia formal de los documentos que fundan las pretensiones del demandante, de modo que la admisión a trámite supone, en cierto modo, la emisión de un juicio sobre el fundamento de la pretensión que se convierte en definitiva si no existe oposición del demandado o esta oposición es desestimada.

En otras ocasiones se ha utilizado el argumento, más que discutible, de que la ausencia de la fase de cognición real se suple con el carácter no definitivo del procedimiento. Discutible porque ello no evita que se esté llevando a cabo una ejecución por un órgano judicial que no se sustenta en una decisión judicial, es decir que no está amparada por una verificación previa por parte del órgano judicial de que tal pretensión es ajustada a derecho.³¹

Se ha señalado por el TJUE que el examen de la corrección formal de la documentación aportada que se permite en estos procesos, en la que a veces ni siquiera consta el contenido contractual que vincula a las partes, permite eludir al empresario la protección que al consumidor otorga la Directiva 93/13 y por tanto tales procedimientos no cumplen el principio de efectividad³².

La cuestión surge con especial gravedad en el procedimiento de ejecución hipotecaria. En este procedimiento, cuya constitucionalidad se ha afirmado por el Tribunal Constitucional con argumentos más que discutibles, no sólo el despacho de ejecución puede devenir definitivo sin contradicción alguna en el caso de que el ejecutado no formule oposición, sino que la posibilidad de examen de oficio de los documentos que fundamentan la demanda, y la propia capacidad de oposición del ejecutado, son extraordinariamente limitadas, haciéndose especialmente evidente la falta de correlación con el principio constitucional de que no se puede ejecutar lo que previamente no ha sido objeto de juicio.

Esta situación desde luego ha sido paliada por la Ley 1/2013 que ya expresamente permite como causa de oposición el carácter abusivo de las cláusulas. La Ley no deja de ser un parche que

30 Artículo 117.3 y 4 CE “3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

31 Ver Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 que basa la ausencia de indefensión en el entonces artículo 131 de la Ley Hipotecaria en el carácter no definitivo del procedimiento, lo que parece contradecir el Tribunal de Justicia (CE) Sala 1ª, S 14-3-2013, n.º C415/2011, al entender que en el sistema español la adjudicación del bien a un tercero adquiere siempre carácter irreversible (apartado 57).

32 Ver la nota 27. Por su parte en Tribunal de Justicia (CE) Sala 1ª, S 14-3-2013, n.º C415/2011, apartado 64, estima que el proceso de ejecución hipotecaria se opone a la directiva cuando no permite oponerse alegando cláusulas abusivas ni al Juez suspender cautelarmente el procedimiento. La Ley 1/2013 ha subsanado tales defectos. Curiosamente la sentencia nada dice de la imposibilidad del Juez de examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas ante la eventualidad de que el consumidor ignore sus derechos o tenga dificultades para ejercitarlos.

no resuelve el verdadero problema de que se trata de un procedimiento en el que las partes no se encuentran en situación de igualdad y no respeta el principio constitucional de que sólo puede ser objeto de ejecución lo que haya sido previamente objeto de juicio, lo que implica que el demandado haya tenido posibilidad real de defenderse. El carácter restrictivo del procedimiento se mantiene tras la reforma, hasta el punto de que frente a la resolución que resuelva sobre cláusulas abusivas sólo se permitía apelar al ejecutante, lo que ha sido objeto de censura por el TJUE³³. El legislador español se resiste a modificar en profundidad un procedimiento que hoy por hoy constituye un privilegio injustificado y exorbitante de las partes ejecutantes, en su mayoría entidades bancarias, limitándose a introducir las modificaciones puntuales a que le obliga la jurisprudencia comunitaria. En todo caso, aunque la reforma no se pronuncia sobre el examen de oficio por el Juez de las cláusulas abusivas antes de la admisión a trámite, conforme a la jurisprudencia citada del TJUE ha de entenderse posible e incluida en el examen previo sobre la validez del título que ha de hacer el tribunal. De otro modo, si el ejecutado no pudiera oponerse por cuestiones económicas o por dificultades de otro tipo, el resultado sería la efectividad de la cláusula prohibida.

Distinto es el caso en el proceso monitorio y en el juicio cambiario, ya que el tribunal no despacha ejecución tras examinar la validez del título que se presenta. Por ello parece más razonable en estos casos esperar a ver si el deudor se oponente y si no lo hace, antes de despachar ejecución es el momento en el que el tribunal podrá apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas.

Por tanto en tales procedimientos deberá considerarse que el principio de efectividad exige que el Juez debe poder examinar estas cláusulas abusivas de oficio, bien en el momento de admisión a trámite, bien, en el proceso monitorio y cambiario³⁴, cuando el Juez debe despachar ejecución ante la falta de oposición del deudor.

En todo caso, la declaración de oficio del carácter no vinculante de alguna cláusula por considerarla abusiva deberá limitarse a aquéllos supuestos en que su condición de abusiva sea clara, manifiesta patente y fuera de toda duda. Ello ocurrirá con las cláusulas que estén expresamente reconocidas por la Ley o con respecto a las cuales exista una jurisprudencia vinculante que haya establecido pautas claras al respecto. Si el carácter abusivo de la cláusula es dudoso, controvertido o depende de factores circunstanciales difíciles de apreciar en el momento de admisión a trámite, el Juez debe abstenerse de hacer pronunciamiento alguno y deberá esperar a que la cuestión se plantee y argumente adecuadamente por el ejecutado a través de la pertinente oposición, por cuanto que si ese comportamiento activo del ejecutado difícilmente podrá tener los elementos de hecho y de derecho necesarios para adoptar una resolución. En estos casos de cláusulas cuya abusividad es discutible la pasividad del afectado deberá conducir en definitiva a su no estimación.

Por otra parte, dada la naturaleza de estos procedimientos, entiendo que no cabe plantear diligencias de oficio para determinar el carácter abusivo de la cláusula, posibilidad que sólo admite excepcionalmente el TJUE en casos muy concretos de determinación de la competencia territorial.

Ha de reiterarse igualmente, según la jurisprudencia que hemos visto, que el examen de

33 Ver Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14

34 Ciertamente en el proceso cambiario, dada la especial naturaleza de los títulos que dan lugar al mismo, difícilmente podrán apreciarse la concurrencia de cláusulas abusivas.

oficio por el Juez debe hacerse desde que disponga los elementos de hecho y de derechos precisos para ello, de modo que si en ese momento no lo hace y de sus resoluciones resulta que no aprecia la concurrencia de cláusula abusiva, posteriormente no podrá volver a replantear de oficio esta cuestión, ni cabe que la plantee el afectado fuera del momento procesal oportuno.

Desde luego en la ejecución de resoluciones judiciales no cabrá de ninguna manera alegar el carácter abusivo de las cláusulas en que se basa la ejecución por respeto al principio de la cosa juzgada, que la propia jurisprudencia del TJUE considera intangible como hemos visto antes.

En conclusión, podemos decir que el principio de efectividad exige que en general pueda examinarse de oficio por el Juez y, en todo caso, oponerse por el consumidor en algún momento del proceso la existencia de cláusulas abusivas con el objetivo de que no produzcan ningún efecto vinculante. El examen de oficio por el Juez deberá poder hacerse en el momento de admisión a trámite con respecto a aquellas cláusulas que sean claramente abusivas y puedan producir efectos vinculantes inmediatos al consumidor. En los juicios declarativos ordinarios esto será excepcional. El Juez normalmente deberá esperar a que las partes fijen su postura en la fase de alegaciones, no pudiendo apreciar de oficio o a instancia de parte las cláusulas abusivas sino cuando esté en condiciones de dictar resolución sobre el fondo, momento en que contará con los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. En los declarativos especiales donde la oposición es eventual, tal examen deberá hacerse en el momento de admitir a trámite la demanda, y en todo caso en el momento de despachar la ejecución a que de lugar la falta de oposición. En los procesos de ejecución de resoluciones judiciales no cabe discutir sobre el carácter abusivo de las cláusulas en que se basa la resolución judicial, mientras que en las ejecuciones basadas en otros títulos el examen de oficio debe realizarse necesariamente en el momento en el que se despacha la ejecución. En todos los casos deberán respetarse los principios de audiencia, defensa y contradicción.

REQUISITOS DE FONDO PARA APRECIAR EL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA.- Examinada la problemática sobre los cauces procesales a través de los cuales el Juez nacional puede aplicar la protección que pretende la directiva, haremos una breve exposición sobre el concepto que de cláusula abusiva crea la jurisprudencia del TJUE. Aparte de las cláusulas que específicamente declara abusivas la Directiva, el TJUE no suele pronunciarse sobre si una cláusula es abusiva o no en cuanto que entiende que, en la mayoría de los casos, será una cuestión circunstancial, de modo que una misma cláusula puede ser abusiva o no según las circunstancias que la rodean y que ello debe determinarlo el Juez nacional. Esta reticencia del TJUE sobre pronunciarse sobre concretas cláusulas abusivas quizás tenga su fundamento en el hecho de que sus sentencias deben producir efectos en 28 países distintos, cada uno de los cuales tiene su propio ordenamiento jurídico que conoce mejor el Juez nacional que el TJUE.

Ya se ha hecho referencia a la consideración de cláusulas abusivas de aquéllas que establecen normas de competencia territorial en perjuicio del consumidor³⁵. Pero por regla general entiende que es el Juez nacional el que debe precisar esta cuestión sobre la base de los siguientes parámetros:

- a) El anexo al que remite el artículo 3, apartado 3 de la directiva sólo contiene una lista

35 En este sentido parece pronunciarse Tribunal de Justicia (CE) Sala 4ª S 4-6-009, n.º C-243/2008, apartado 44.

indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas³⁶.

b) Ha de tratarse de una relación contractual entre un profesional y un consumidor³⁷.

c) Es aplicable sólo a contratos de adhesión donde las cláusulas contractuales no hayan sido negociadas individualmente y en los que el consumidor no haya podido influir en su contenido.

d) El artículo 3 se limita a establecer criterios abstractos: infracción de la buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes. Tales conceptos deberán ser integrados por el Juez Nacional que deberán ser concretados aplicando las reglas del artículo 4, es decir, tomando en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

Estos criterios abstractos o generales han sido completados por el TJUE en escasas ocasiones. Una de las más significativas es la **sentencia de 14 de marzo de 2.013**. Esa resolución concreta el concepto de buena fe, en el sentido de que la habrá si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de una manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual³⁸. Igualmente concreta el concepto de desequilibrio importante en detrimento del consumidor, que deberá determinarse mediante el análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo.

En particular aclara que establecer si una **cláusula relativa al vencimiento anticipado** de un préstamo hipotecario es o no abusiva, requerirá comprobar si el consumidor ha incumplido una obligación esencial y grave en relación con la duración y cuantía del préstamo, si dicha facultad es excepcional con respecto a las normas aplicables en la materia a falta de acuerdo de las partes y si el Derecho nacional contiene soluciones eficaces para que el consumidor pueda poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado.

En cuanto a los **intereses moratorios**, se requiere una comprobación de si hay un desequilibrio importante con respecto a las normas nacionales aplicables si no hubiera habido pacto expreso, así como contrastar el interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Igualmente realiza consideraciones sobre la forma de determinar si la cláusula de liquidación anticipada es abusiva deberá determinarse si constituye una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

En definitiva, la comprobación ha de basarse en buena medida en si estas cláusulas, habituales en los contratos de préstamos concertados en documento público, se apartan en buena medida del derecho aplicable de no existir y si tal discrepancia puede considerarse

36 Tribunal de Justicia (CE) Gran Sala S 9-11-2010, n.º C-137/2008, apartado 42.

37 Tribunal de Justicia (CE) Sala 1ª S 30-5-2013, n.º C-488/2011, apartado 25 a 30. La Directiva define los contratos a que se aplica por referencia a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional.

38 Tribunal de Justicia (CE) Sala 1ª S 14-3-2013, n.º C-415/2011, apartado 69.

justificada de alguna forma en virtud de las circunstancias concurrentes.

La **sentencia de 15 de marzo de 2.012**³⁹ responde por ejemplo a la cuestión de si la práctica comercial de indicar un TAE erróneo en los contratos, inferior al real, debe calificarse de engañosa en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 señalando que ello sólo ocurrirá si hace o puede hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Si se llega a la conclusión de que ha habido comportamiento desleal ello será un elemento, entre otros, en los que el Juez puede basar su decisión del carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito.

Para terminar este breve examen sobre la jurisprudencia de la TJUE en relación con las cláusulas abusivas, debe señalarse que la sentencia de 14-6-2012 establece una doctrina conforme a la cual no cabe que el Juez integre el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva y ello lo justifica porque tal 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, aún cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser reintegrado por el juez nacional en lo que fuere necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

En conclusión, la economía de mercado abierta y libre competencia en que se basa la Unión Europea requiere una real, y no meramente formal, libertad de contratación. Es un hecho indiscutible que tal libertad real no existe entre empresarios y consumidores y por ello es una cuestión de orden público la intervención activa de los poderes públicos para restaurar ese equilibrio en beneficio de todos en tanto en cuanto que necesario para que funcione adecuadamente el sistema económico. El objetivo de eliminar y hacer inoperantes las cláusulas abusivas es una cuestión de orden público que los tribunales deben perseguir de oficio pero al derecho nacional que les vincula. Solo en casos extremos y excepcionales, pueden obviar los mismos en caso de que se opongan a la Directiva 93/13, lo que ocurrirá cuando no sean realmente eficaces para conseguir la finalidad perseguida.

Sevilla, a 25 de septiembre de 2.014.

Conrado Gallardo Correa
Magistrado
Miembro del Foro Judicial Independiente.

39 Tribunal de Justicia (CE) Sala 1ª, S 15-3-2012, n.º C-453/2010, apartado 47.