

**DRET PROCESSAL DEL CONSUMIDOR.**  
**EL TRACTAMENT JUDICIAL DE LES CLÀUSULES ABUSIVES**

*Carlos Gómez Martínez*

*Magistrat*

Il·lm. Sr. President de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears, Excm. Sr. President del TSJ, digníssimes autoritats, amics i amigues, familiars.

Abans de res vull agrair al membres de l'Acadèmia que m'hagin elegit per formar part d'aquesta institució. L'Acadèmia té el paper de promoure la cultura jurídica a la nostra Comunitat Autònoma, tot seguint l'esperit il·lustrat que inspira els seus orígens i les seves finalitats. I qui parla de cultura jurídica parla de lleis i de dret i, en conseqüència, de convivència social que és el que regula el dret. L'Acadèmia és, per tant, un instrument per la millora de la convivència entre els ciutadans i, per això, participar en les seves tasques com un membre més es tot un honor i una responsabilitat que esper no defraudar.

Gràcies.

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), 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, conseqüentment, 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 consumidor es troba en una situació d'inferioritat respecte del demandant o executant, desigualtat entre les parts processals que fa necessària una intervenció pública, en aquest cas, del jutge, per igualar o reequilibrar-la.

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).

El que podem anomenar «dret processal del consumidor», al qual es refereix el títol d'aquest discurs, no es fruit d'un disseny legislatiu sistemàtic. 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 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 europea 93/13 sobre 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, i redefineix el paper del jutge en el procés quan el demandat és un consumidor.

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 quatre reformes consecutives de la LEC.

L'existència d'una clàusula eventualment abusiva és la nota que delimita, objectivament, el camp d'estudi d'aquesta exposició. En efecte, si subjectivament considerem 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 contractual.

S'ha de dir que el TS no ha tingut ocasió de dictar jurisprudència en alguns d'aquests temes ja que les qüestions suscitades —inadmissió de demandes o peticions de monitori i resolucions en matèria d'execució hipotecària— es decideixen mitjançant interlocutòria 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; i que, en canvi, tan sols uns mesos després, el TJUE, en la Sentència de 17 de juliol del mateix any 2014 declarés, en relació amb el mateix tema, que el tractament processal diferenciat per les parts en quant a la possibilitat d'interposar recurs d'apel·lació no estava en conformitat ni amb la Directiva europea de consum, ni amb l'article 47 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea.

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 apareguin com a perfectament separades.

En aquest discurs d'ingrés a l'Acadèmia parlaré 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 faré, 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.

Per això, vull dedicar als meus companys i companyes aquest discurs d'ingrés en l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació.

Y también quiero dedicárselo a mi padre, Carlos Gómez Álvarez, que fue notario de Artá durante 15 años y notario de Manacor durante otros 6 años más. Él fue la persona que me habló por primera vez de derecho, evidentemente, de derecho civil. Solía repetir la frase “lo que no está en el Código Civil son reglamentos”. Mañana hará 20 años que murió, le hubiese encantado estar aquí con nosotros.

I, entrant ja en matèria, parlaré, en primer lloc, de l'objecte del procés de consum per a referir-me després a algunes especialitats que presenta al llarg del seu curs, en tràmit d'admissió de demanda, prova i efectes de la sentència.

## L'OBJECTE DEL PROCÉS DE CONSUM

En termes generals, 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. Però, tal com venim dient, aquest principi pateix importants modulacions quan es tracta d'un procés de consum.

Efectivament, el que caracteritza el procés de consum és que el seu objecte es pot ampliar d'ofici, és a dir, per iniciativa del jutge, al control de l'existència de clàusules abusives en els contractes concertats amb un consumidor.

El que, en sentit ampli, s'anomena «control d'abusivitat» inclou, en realitat, tres tipus de control: el control d'abusivitat en sentit estricte, el control d'incorporació i el control de transparència.

El primer, el control d'abusivitat en sentit estricte, fa referència al contingut del contracte i verifica 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 retrotrau 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.

La STJUE de 14 de juny de 2012 adopta un criteri ampli quan estableix que “el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva “ i, recordem-ho l'article 5 de la Directiva inclou l'exigència que “estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”, la qual cosa fa referència al control d'incorporació i al de transparència.

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 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.

## 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. 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 pregunta, 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 europea de consum:

“[...] 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 derivi al jutge per tal que sigui ell qui decideixi sobre l'admissió o no.

La nova regulació del tràmit d'admissió o inadmissió de la petició de monitori planteja la qüestió de si el Lletrat de l'Administració de Justícia és autoritat judicial adequada per fer el control del caràcter abusiu 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 ha de ser el jutge i no el lletrat de l'administració de justícia, el que faci el control del eventual caràcter abusiu d'una clàusula inserida en un contracte de consum.

La mateixa jurisprudència del TJUE ha provocat la reforma legal de l'admissió de la demanda d'execució de títol no judicial ja que ara 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).

## 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 inicial.

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 planteja així la qüestió de si el jutge podria acordar la prova d'ofici. Doncs bé, la STJUE de 14 de juny de 2012 estableix en el seu fonament 44 que:

«el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula ... 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.»

Aquesta doctrina ha estat reiterada per altres sentències del mateix Tribunal.

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 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 qualsevol moment, i també en cas d'insuficiència de l'activitat probatòria desplegada per les parts, pot acordar la pràctica de proves suplementàries dirigides a possibilitar l'examen de clàusules contractuals eventualment abusives.

En l'execució hipotecària es dona una dificultat addicional. En efecte, malgrat que la Llei 1/2013, de 14 de maig, va permetre l'oposició basada en l'existència de clàusules abusives, no es va modificar l'apartat segon de l'article 695 que no 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 aquest cas altre tipus de prova distinta de la documental.

## 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 declara que l'article 83 de la llei de protecció dels



consumidors, que preveia la reintegració del contracte quan alguna de les seves clàusules és declarada nul·la, és contrari a la Directiva europea sobre clàusules abusives.

És interessant saber que el TJUE fonamenta aquesta darrera 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 de proporcionalitat.

Arran d'aquesta Sentència el legislador nacional va reformar l'article esmentat que ara diu taxativament 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'apreciï 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 (sobreseïment) o bé la continuació sense aplicació de les clàusules abusives; i la mateixa previsió conté l'article 695.3 de la LEC per a la interlocutòria que estimi l'oposició per clàusules abusives formulada en una execució hipotecària.

Ara bé, malgrat l'aparent claredat de tota aquesta nova normativa 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 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 distint com és el de la declaració de nul·litat. En efecte, la nul·litat suposa que sí hi ha hagut pacte entre 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 una altra opinió, que és la 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, a patir 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 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 dóna 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.

## 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.

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 sola 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 basada 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'hagués 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 podria ser invocat el caràcter abusiu de tal clàusula ja que no hauria 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 seves conseqüències no poden quedar supeditades al fet que la clàusula s'apliqui o no en la pràctica. S'ha de fer un control d'abusivitat en abstracte i sense prendre en consideració la manera en què la clàusula s'ha fet valer.

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, 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 d'aquesta declaració que seria el sobreseïment del procés, si la clàusula es fa valer en el sí d'una execució hipotecària.

Com a primer argument pel no sobreseïment, 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 assenyala que en el procés d'execució hipotecària el sobreseïment seria perjudicial per al consumidor bàsicament perquè en ell gaudeix de la possibilitat de enervar l'acció que li concedeix

l'article 693.3 de la LEC, pagant tan sols les quotes pendents i no la totalitat del que deu per mor del contracte.

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, el TJUE ha 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".

Per tant, la possibilitat que ofereix l'article 693.3 de la LEC d'enervar l'acció d'execució hipotecària, hauria d'haver estat presa en consideració pel TS en el moment de fer el control d'abusivitat, no després, com ho fa, per justificar el no sobreseïment del procés d'execució hipotecària un cop declarada abusiva la clàusula de venciment anticipat.

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 país 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.

Aquesta 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. Però en aquests supòsits, el que l'Alt Tribunal havia intentat era 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.

Però, en segon lloc el TS fonamenta la irretroactivitat en la necessitat d'evitar "el trastorn de l'ordre públic econòmic", i això planteja una qüestió més de fons, com és la de si és o no funció del TS i, en general, dels jutges, vetllar 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.

Gràcies a la seva independència, el jutge pot prescindir del pensament general per centrar-se en el cas concret.

Però, 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.

La Sentència de 9 de maig de 2013 va ser molt controvertida.

En aquest clima, el TS va dictar la Sentència de 25 de març de 2015, en la qual fixa com a doctrina que els efectes de la declaració de nul·litat de la clàusula s'han de retrotreure fins al 9 de maig de 2013, data de l'anterior sentència.

Aquesta decisió reitera l'argument del trastorn de l'ordre econòmic. 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.

A més a més, 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 “de facto” del que s'ha anomenat la «norma jurisprudencial».

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. La Comissió Europea ha 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.

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

## 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 l'uropeu 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, s'imposin estrictes límits al seu coneixement, que impedeixin que pugui examinar el contracte del qual neix. Aquestes limitacions resulten contràries a la naturalesa cognoscitiva de la jurisdicció, en la qual FERRAJOLI ha insistit tant, i és aquesta característica de la jurisdicció la que explica la tendència a sobrepassar els límits pre-establerts 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 s'havia estructurat, tradicionalment, 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.

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.

El filòsof del dret Nord-americà Ronald DWORKIN té una concepció narrativa del dret segons la qual 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, aquest capítol ha de ser innovador, perquè en cas contrari no s'avançaria en la trama.

Això que els he contat és, doncs, el capítol que ha escrit la judicatura civil d'aquest país en els darrers anys... Continuarà.