

EL CONTROL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. EL JUEZ NACIONAL COMO GARANTE DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

CONTROL OF UNFAIR TRADE THE NATIONAL COURT AS GUARANTOR OF CONSUMER PROTECTION

MARTA GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal. UNED.

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. II. LA DIRECTIVA 93/13/CEE, DEL CONSEJO, DE 5 ABRIL, SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES. III. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. IV. EL CONTROL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS ENTRE PROFESIONAL Y CONSUMIDOR: UNA OBLIGACIÓN SUJETA A LÍMITES: 1. En cuanto a los límites de procedimiento y plazo. 2. Sobre el principio de contradicción y el aquietamiento del consumidor a la cláusula. V. EL CONTROL DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA RESPECTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. VI. LOS CRITERIOS PARA APRECIAR EL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA. VII. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD. VIII. CONCLUSIONES.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El año 2013 concluye con cinco importantes sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Todas ellas resuelven las peticiones de decisión prejudicial planteadas por varios Estados miembros en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En concreto, y en un orden cronológico, se trata de las sentencias de 21 de febrero, C-472/2011, asunto Banif Plus Bank Zrt; 14 de marzo, C-415/2011, asunto Mohamed Aziz; 21 de marzo, C-92/2011, asunto RWE Vertrieb AG; y 30 de mayo, C-397/2011, asunto Joros, y C-488/2011, asunto Asbeek Brusse y de Man Garabito.

Ahora bien, si bien es cierto que las cinco resoluciones mencionadas han suscitado un gran interés más allá de los círculos propiamente jurídicos debido al actual momento económico y social en que nos encontramos inmersos, conviene saber que no se trata de una línea o corriente jurisprudencial nueva, sino que constituyen pronunciamientos que culminan una doctrina ya inaugurada por el TJUE en el año 2000.

La jurisprudencia sentada por el TJUE ha ocasionado, en primer término, una convulsión en nuestro ordenamiento materializada con la adaptación de la legislación española, especialmente la de carácter procesal, para garantizar al consumidor una protección más eficaz.

Así se ha publicado el Anteproyecto de Ley del Ministerio de Justicia de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2013, de incremento de la capacidad de postulación de los procuradores, modificación de juicio verbal y reforma del proceso civil monitorio. En la nota de prensa del Consejo de Ministros de 3 de mayo de 2013 puede leerse: *«En los procesos monitorios se da cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito, en la que se declaró que la normativa española no es acorde con el derecho de la UE en materia de protección de los consumidores, al no permitir que el juez que conoce una demanda en un proceso monitorio examine de oficio el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato. La ley permitirá ahora un trámite para examinar y controlar la existencia de esas cláusulas abusivas, previa audiencia de las partes».*

Igualmente se ha promulgado, y a través del procedimiento de urgencia, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social –más conocida, como la Ley antidesahucios–. De acuerdo con su Exposición de Motivos: *«La modificación se opera como consecuencia de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 –C-415/2011, asunto Mohamed Aziz– que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE».*

El Capítulo III de la Ley 1/2013 recoge diferentes modificaciones de la LEC con la clara intención de garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario queden protegidos de forma adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución. Al tiempo, el Capítulo III recoge también la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.

En segundo término, conviene tener muy presente esa esfera de jurisdicción difusa de los juzgados y tribunales que han profundizado en la problemática colmando

lagunas y ofreciendo respuestas a los justiciables con arreglo a los principios y valores constitucionales. Sirvan sólo a título de buen ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de marzo de 2013; los autos del Juzgado de Primera Instancia número 58 de Madrid de 24 y 27 de marzo de 2009; y las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril y 9 de mayo de 2003.

Asimismo, el 7 de mayo de 2013, jueces y magistrados de toda España reunidos en el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial adoptaron diversos criterios de derecho transitorio para la aplicación, por todos los tribunales, de la doctrina del TJUE. Y finalmente, en Madrid, los días 9, 10 y 11 octubre de 2013 tuvo lugar un encuentro de jueces y magistrados de Primera Instancia a efectos de fijar unas conclusiones claras en la materia.

II. LA DIRECTIVA 93/13/CEE, DEL CONSEJO, DE 5 ABRIL, SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

El Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión, en cooperación con el Parlamento y previo dictamen del Comité Económico y Social adoptó la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril¹ con dos premisas básicas y cardinales: de un lado, la máxima importancia que merece la protección de los consumidores frente a las cláusulas contractuales abusivas; y de otro, la necesidad de articular medios apropiados y eficaces para que, tanto los órganos judiciales, como las autoridades administrativas pongan fin al uso de tales cláusulas. La Directiva consta de once artículos y un anexo de cuyo contenido interesa destacar —como elementos necesarios de disertación posterior— varios aspectos.

Tal y como establece el Considerando doce del Preámbulo se trata de una Directiva de mínimos: «(...) es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva». En este sentido, la sentencia de TJUE de 3 de junio de 2010 respondió al Tribunal Supremo que el Estado podía otorgar una protección mayor que la prevista en la Directiva y en particular, señaló que los artículos 4.2 y 8 no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales².

Para la determinación del concepto de «cláusula abusiva» hay que acudir de forma obligada a los artículos 2.a) y 3.1. De acuerdo con el artículo 2.a): «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor

¹ Téngase en cuenta la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, por la que se modifican las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE y se derogan otras.

² Vide, STJ de 3 de junio de 2010, C-484/08, asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

La definición ha de ser completada con el artículo 3.2: *«Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión».*

Además, la Directiva lleva acompañado un anexo donde figura una lista –indicativa y no exhaustiva³– de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

Por lo que respecta al examen del carácter abusivo de una cláusula, la clave la proporciona el artículo 4.1: *«Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o 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».*

Todo ello sin olvidar que, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 5: *«En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor (...)».*

El ámbito subjetivo de aplicación queda circunscrito al «consumidor» como persona física⁴. O dicho de otro modo, la Directiva se aplica a las cláusulas no negociadas individualmente entre el profesional y el consumidor, entendiéndose por consumidor únicamente *«toda persona física que (...) actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional»* –artículo 2.b)–. Por el contrario se concibe al «profesional» como *«toda persona física o jurídica que (...) actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada»* –artículo 2.c)–.

Las consecuencias derivadas de la comprobación del carácter abusivo de una cláusula figuran en el artículo 6.1: *«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».*

El TJUE proclama, en todos y cada uno de sus pronunciamientos –si bien con distinta intensidad– el carácter imperativo del artículo 6.1⁵ en atención a la situación de inferioridad que tiene el consumidor frente al profesional. Y es que, el consumidor –al carecer prácticamente de capacidad de negociación– se adhiere al contrato

³ Vide, STJ 14 de marzo de 2013, Sala Primera, C-415/2011, asunto Mohamed Aziz.

⁴ Vide, *inter alia*, STJ 22 de noviembre de 2011, Sala Tercera, acumulados C-541/99 y C-542/99, asunto Cape Snc y otros.

⁵ *Inter alia*, STJ 6 de junio de 2009, Sala Primera, C-40/08, asunto Asturcom Telecomunicaciones, S.L. donde se señala claramente que el artículo 6.1 *«(...) debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público».*

sin posibilidad de modificación alguna. Ciertamente, el consumidor es la parte más vulnerable en la contratación y por ello, en caso de duda, debe prevalecer la interpretación que le resulte más favorable.

III. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

La situación social de indefensión material en que se encuentran los consumidores indujo a varios jueces de los Estados miembros, en el seno de los correspondientes procesos sumarios o de ejecución, a plantear las pertinentes cuestiones prejudiciales del artículo 267 TFUE (antiguo 234 TCE) cuyo fruto viene constituido por la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas que vio la luz en el año 2000 y a fecha de hoy está formada por dieciséis pronunciamientos que, convenientemente expuestos permiten apreciar la evolución completa en la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

1. *STJ de 27 de junio de 2000, Sala Pleno, acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, asunto Océano Grupo Editorial y otros*: la sentencia, en resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona, declara –por vez primera– que el juez nacional «puede» apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual.

2. *STJ de 21 de noviembre de 2001, Sala Quinta, C-473/00, asunto COFIDIS S.A.*: el Tribunal señaló –de forma contundente– que se opone al contenido y al espíritu de la Directiva una normativa nacional interna que prohíbe al juez nacional –al expirar un plazo de preclusión– declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato.

3. *STJ de 26 de octubre de 2006, Sala Primera, C-168/05, asunto Mostaza Claro*: la cuestión prejudicial se suscitó en el marco de un recurso de anulación contra un laudo arbitral. De conformidad con la sentencia el órgano jurisdiccional nacional, cuando estime que el convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, «debe» apreciar la nulidad del convenio y anular el laudo, siendo indiferente la alegación o no por parte del consumidor.

4. *STJ de 4 de junio de 2009, Sala Cuarta, C-243/08, asunto Pannon GSM Zrt.*: igualmente reconoce al juez la «posibilidad» de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, aunque el consumidor no haya realizado ninguna petición al respecto. La cláusula controvertida versaba sobre la atribución de competencia territorial al tribunal donde radicaba el domicilio del profesional. A tenor de la sentencia, el juez nacional debe tener presente que tal cláusula –contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, e incluida sin haber sido objeto de negociación individual– puede ser abusiva.

5. *STJ de 6 de junio de 2009, Sala Primera, C-40/08, asunto Asturcom Telecomunicaciones, S.L.*: el juez tiene «facultad» para examinar de oficio una cláusula de sumisión a arbitraje en el momento de la admisión a trámite de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral.

6. *STJ de 22 de noviembre de 2011, Sala Tercera, acumulados C-541/99 y C-542/99, asunto Cape Snc y otros*: la resolución insiste en que el concepto de «consumidor» –definido en el artículo 2.b) de la Directiva– comprende exclusivamente a las personas físicas.

7. *STJ de 3 de junio de 2010, Sala Primera, C-484/2008, asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*: los artículos 4.2 y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

8. *STJ de 9 de noviembre de 2010, Gran Sala, C-137/2008, asunto VB Pénzügyi Lízing*: la sentencia, siguiendo la estela marcada en el caso *Pannon GSM Zrt*, recalca que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial presenta un carácter eventualmente abusivo, y en caso afirmativo «debe» declarar de oficio su nulidad.

9. *STJ de 15 de marzo de 2012, Sala Primera, C-453/2010, asunto Perenicová y Perenic*: de acuerdo con la sentencia a la hora de valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes de la anulación de todo el contrato. Sin embargo, matiza que la Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca que «un contrato profesional-consumidor con varias cláusulas abusivas» es totalmente nulo cuando así se garantice una mejor protección del consumidor.

10. *STJ de 26 de abril de 2012, Sala Primera, C-472/10, asunto Invitel*: los órganos jurisdiccionales nacionales «deben» apreciar el carácter abusivo de una cláusula que forma parte de las condiciones generales de la contratación en virtud de la cual un profesional prevea la modificación unilateral de los gastos relacionados con el servicio a prestar, sin describir explícitamente el modo de fijación de dichos gastos, ni los motivos de la modificación.

Pero es que además, la sentencia reconoce que la declaración de nulidad de tales cláusulas en el marco de una acción de cesación ejercitada contra el profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surte efectos para cualquier consumidor que haya celebrado con el referido profesional un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso aunque el consumidor no haya sido parte en el procedimiento de cesación.

11. *STJ de 14 de junio de 2012, Sala Primera, C-618/2010, asunto Banco Español de Crédito S.A.*: la sentencia resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona con la estimación de dos infracciones palmarias de la Directiva.

En primer lugar, vulnera la Directiva una normativa nacional que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio examine de oficio –ni «*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.

Y en segundo lugar, vulnera la Directiva una normativa nacional que atribuye al juez nacional, cuando 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 abusiva⁶.

12. *STJ de 21 de febrero de 2013, Sala Primera, C-472/2011, asunto Banif Plus Bank Zrt*: de acuerdo con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva, el juez nacional que ha comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado a esperar a que el consumidor, una vez informado de sus derechos, presente una declaración donde solicite la anulación de la cláusula. Ello no obstante, el principio de contradicción obliga al juez nacional a informar a las partes sobre el carácter abusivo de una cláusula y ofrecerles la posibilidad de debate según las formas previstas por las reglas procesales nacionales.

13. *STJ 21 de marzo de 2013, Sala Primera, C-92/2011, asunto RWE Vertrieb AG*: para que una cláusula contractual en la que una empresa se reserva el derecho a modificar el coste del suministro de gas sea conforme a las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia –artículos 3 y 5 de la Directiva– reviste esencial importancia determinar si el contrato expone de manera transparente el motivo y el modo de variación del coste, a fin de que el consumidor pueda prever las eventuales modificaciones. La falta de información sobre tal extremo antes de la celebración del contrato no se compensa, ni por la información «*a posteriori*» del cambio del coste con una antelación razonable, ni por el ofrecimiento del derecho a rescindir el contrato en caso de no desear la modificación.

14. *STJ de 14 de marzo de 2013, Sala Primera, C-415/2011, asunto Mohamed Aziz*: la sentencia responde a una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona sobre la validez de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario. El Tribunal concluye que se opone a la Directiva una normativa que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de

⁶ En concreto se trataba del artículo 83 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. «*Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato: 1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato*».

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, y en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

En orden a determinar la causación del «desequilibrio importante» consagrado en el artículo 3.1 «pese a las exigencias de la buena fe», hay que comprobar si el consumidor, tratando de manera leal y equitativa en el marco de una negociación individual con el profesional, aceptaría la cláusula.

15. *STJ 30 de mayo de 2013, Sala Primera, C-397/2011, asunto Joros*: cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de la Directiva.

16. *STJ 30 de mayo de 2013, Sala Primera, C-488/2011, asunto Asbeek Brusse y de Man Garabito*: la Directiva debe interpretarse en el sentido de que cuando el juez nacional esté facultado, según las normas procesales internas, para anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma legal imperativa cuyo alcance justifique esa sanción, «deberá» en principio, tras haber ofrecido a las partes la posibilidad de un debate contradictorio, anular de oficio una cláusula contractual cuyo carácter abusivo haya apreciado a la luz de los criterios de la Directiva.

IV. EL CONTROL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS ENTRE PROFESIONAL Y CONSUMIDOR: UNA OBLIGACIÓN SUJETA A LÍMITES

Pese al uso indistinto de los términos «deber» frente a «podrá», e incluso «facultad» frente a «obligación», hay que tener muy claro que el TJUE configura el control de oficio de la abusividad en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales, no como un derecho del juez nacional, sino como una verdadera obligación, que debe ejercitar, en cualquier momento, y tan pronto como disponga de los elementos de hecho y Derecho necesarios.

La sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto Banif Plus Bank Zrt, en su apartado 23, es meridianamente clara en este extremo: «*el papel que el Derecho de la Unión Europea atribuye al juez nacional en la materia, no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión.*»

La imperatividad en el control de oficio de las cláusulas abusivas obedece a la marcada situación de inferioridad que tienen los consumidores respecto al profesional. Por todos es sabido que los consumidores carecen de capacidad de negociación y reciben justa información; Y es que, los consumidores se adhieren a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido.

Con gran acierto, el TJUE considera que hay que restablecer el equilibrio entre las partes, siendo un tercero ajeno –que no es otro que el juez nacional– quien debe compensar mediante su intervención la situación planteada, no dependiendo la aplicación del artículo 6.1 de la Directiva de su alegación por los consumidores.

Dando un paso más en esta línea de máxima protección, la potestad del juez debe incluso extenderse a la práctica de las diligencias de prueba necesarias para determinar y concretar si una cláusula es o no abusiva. Así, y cuando existan motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva, se debe acordar la práctica de prueba. En este sentido, con referencia a un supuesto de atribución de competencia jurisdiccional territorial exclusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el TJUE no dudó en declarar 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»*⁷.

Una vez asentado lo anterior, deviene necesario preguntarse si la protección semipública de las cláusulas abusivas es absoluta o por el contrario está sujeta a ciertos límites, tales como de procedimiento, plazo y fundamentalmente los dimanantes del principio de contradicción.

1. En cuanto a los límites de procedimiento y plazo

Pues bien, podemos afirmar sin riesgo alguno a equivocarnos, que no existen límites ni de procedimiento ni de plazos, dado que desde el TJUE el grado de protección a los consumidores es completo.

Así, en el marco de las acciones de cesación, la sentencia de 26 de abril de 2012, asunto Invitel, prevé la posibilidad de que los consumidores inicialmente no afectados por la sentencia puedan beneficiarse de la declaración de abusividad, si se trata de la misma cláusula. En concreto señala su apartado 43: *«cuando (...) haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula»*.

Las sentencias del TJUE permiten que el juez –aun sin alegación de las partes– declare el carácter abusivo de una cláusula, al margen del procedimiento o fase en que se suscite.

⁷ Cfr.: STJUE de 9 de noviembre de 2010 –VB Pénzügyi Lízing– apartado 56. En el mismo sentido, *vide*, sentencias del TJUE de 14 de junio 2012 –Banco Español de Crédito S.A.– apartado 44; 21 de febrero de 2013 –Banif Plus Bank Zrt– apartado 24; y 14 marzo 2013 –Mohamed Aziz– apartado 4.

La sentencia de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito S.A., constituye el máximo exponente de la obligación, pues en ella, el Tribunal, con claro peligro de desnaturalizar el procedimiento monitorio declara, en sus apartados 53 a 57, que el juzgador debe, con los elementos de hecho y de derecho necesarios, controlar una cláusula abusiva incluso antes de la admisión a trámite.

En su parecer, un régimen procesal que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios, examine de oficio –ni *limine litis*, ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, menoscaba la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13.

En efecto, habida cuenta de la configuración general y peculiaridades del proceso monitorio existe un riesgo nada desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea como dice el TJUE por el plazo particularmente breve previsto para ello, por los costes de la acción judicial, o por ignorar sus derechos.

De este modo, bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que otorga la Directiva 93/13, lo cual contraviene la jurisprudencia del TJUE según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13.

2. Sobre el principio de contradicción y el aquietamiento del consumidor a la cláusula

Dando un paso en relación con los límites de la obligación del control de oficio, las sentencias dictadas por el TJUE en los asuntos Banif Plus Bank Zrt y Asbeek Brusse y de Man Garabito establecen rotundamente la necesidad de garantizar el derecho de defensa de la otra parte, es decir del profesional.

O dicho de otro modo, ambos pronunciamientos recogen la necesidad de dar audiencia a todas las partes del proceso para que efectúen las alegaciones pertinentes sobre el posible carácter abusivo y garantizar con ello el principio de contradicción.

Es decir, el TJUE no pierde de vista el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales cuando concluye que el juez nacional, después de haber determinado –sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que le hayan comunicado tras las diligencias de prueba acordadas de oficio al efecto– que una cláusula presenta carácter abusivo, está obligado, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas por las reglas procesales nacionales⁸.

⁸ Vide, apartado 29 de la sentencia Banif Plus Bank Zrt y apartado 52 de la sentencia Asbeek Brusse y de Man Garabito.

Es importante que el TJUE deja muy claro que la obligación de informar a las partes y ofrecerles la posibilidad de expresar su opinión no puede considerarse, en sí misma incompatible con el principio de efectividad.

Cabe en todo caso un posible aquietamiento a la cláusula abusiva, toda vez que la tutela del consumidor no puede imponerse contra su voluntad. En este sentido, la sentencia del caso Pannon, afirma en su apartado 33 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», de tal forma que «cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone».*

El apartado 35 de la sentencia Banif Plus Bank Zrt, al referirse a la articulación de mecanismos de contradicción, concluye que la posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional 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.

V. EL CONTROL DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA RESPECTO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En verdad no hay posibilidad alguna de control de oficio por el juez de una cláusula abusiva respecto de las personas jurídicas, siendo necesario su alegación y acreditación.

Ahora bien, no es descabellado pensar que lo que es abusivo y nulo para los consumidores lo puede ser también para las sociedades, siendo éstas en su gran mayoría pequeñas y medianas empresas, más necesitadas de préstamo para subsistir que los propios consumidores.

Efectivamente, no parece una aplicación e interpretación de las normas lógica ni razonable la que permite controlar y reducir los intereses moratorios excesivos a los consumidores, por el simple hecho de serlo, que, por ejemplo, vayan a comprarse un vehículo de lujo o un bien superfluo, y negarlo en cambio a las empresas que precisan del préstamo para su propia supervivencia y desarrollo, no estando éstas actualmente, en esta época en que no hay apenas crédito, en condiciones de negociar ni rechazar prácticamente cualquier condición o pacto moratorio que quiera ponerseles en los contratos de adhesión que firmen.

Por tanto, en el presente contexto histórico, no se aprecian diferencias significativas entre la tutela que deba darse a los consumidores de la que deba darse a las empresas o no consumidores finales⁹.

⁹ En este sentido se manifestó la Audiencia Provincial de Barcelona en un auto de 28 de octubre de 2005. Posteriormente, la misma Audiencia negó el control por el juez de oficio de los intereses moratorios cuando el prestatario no era un consumidor –sentencias de 28 de junio y 18 de octubre de 2011–.

En todo caso y más allá de la reflexión, no cabe el control de oficio de cláusulas abusivas sobre las personas jurídicas, y debe alegarse el carácter abusivo de la cláusula por la parte interesada en su declaración.

VI. LOS CRITERIOS PARA APRECIAR EL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA

Prácticamente en la totalidad de las cuestiones prejudiciales los órganos jurisdiccionales remitentes piden, como segunda cuestión, que el TJUE precise los elementos constitutivos del concepto de cláusula abusiva, en lo que atañe al artículo 3 –apartados 1 y 3– y el anexo, para apreciar si tienen carácter abusivo las cláusulas que constituyen el objeto del litigio principal.

A este respecto, ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del TJUE en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3.1 y en el anexo, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso.

De ello se desprende que el TJUE se limita a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate¹⁰.

En la sentencia de 9 de noviembre de 2010 dictada en el asunto VB Pénzügyi Lízing, la Gran Sala del TJUE indicó que el análisis tenía dos fases: en primer lugar, el juez debe determinar si estamos ante un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que no ha sido objeto de negociación individual, y en segundo lugar, determinado tal carácter, tiene que declarar si la cláusula es o no abusiva con ayuda de los criterios señalados por el Tribunal de Justicia.

Según el Tribunal de Justicia, el artículo 3.3 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que:

– El desequilibrio importante en detrimento del consumidor debe apreciarse con un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo, para determinar si la cláusula deja al consumidor en una situación menos favorable que la del derecho nacional; y un examen de la situación jurídica de dicho consumidor en función de los medios de que dispone en la normativa nacional para que cese el uso de las cláusulas abusivas.

– Para determinar si se causa desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe debe comprobarse si el profesional tratando de manera leal y equitativa con el consumidor podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en una nego-

¹⁰ *Vide*, sentencias del TJUE, asunto Invitel –apartado 22–; asunto Pannon –apartado 39– y asunto VB Pénzügyi Lízing –apartado 42–.

ciación individual. En la sentencia del asunto Mohamed Aziz también se indica que el juez debe analizar las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de pacto para poder medir si el consumidor se encuentra en una situación menos favorable y deberá comprobar «*si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*», recordando que la lista del anexo de la Directiva no es exhaustiva.

El artículo 4 de la Directiva establece la obligación de tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como los servicios objeto del contrato. Es decir, a efectos de apreciar si una cláusula es abusiva, el TJUE ha señalado que el juez debe valorar la cláusula concreta y además debe tener en cuenta todas las demás cláusulas, a fin de poder estimar si existe un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones del contrato¹¹.

El Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013 ha precisado que son requisitos de la cláusula abusiva no negociada individualmente los siguientes:

- a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.
- b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.
- c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor.

VII. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD

El efecto de una cláusula abusiva es su nulidad y la imposibilidad de integrar el contrato.

Y es que, el TJUE no permite al juez nacional integrar o modificar las cláusulas declaradas abusivas. Así en la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto Banco de Crédito Español S.A, el TJUE declaró la incompatibilidad del artículo 83 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios con el artículo 6.1 de la Directiva, pues si el juez nacional tuviera la posibilidad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha 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, dado 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.

Las cláusulas sobre las que se ha pronunciado el TJUE pueden sistematizarse en varios grupos.

¹¹ En este sentido, apartado 41 de la sentencia Banif Plus Bank Zrt.

1. *Competencia territorial del órgano judicial del domicilio del profesional*: para el TJUE una cláusula de esta naturaleza, cuyo objeto consiste en atribuir la competencia, en todos los litigios que tengan su origen en el contrato, a un órgano jurisdiccional en cuyo territorio se halla el domicilio del profesional, impone al consumidor la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un Tribunal que puede estar lejos de su domicilio, lo que puede hacer más dificultosa su comparecencia. En los casos de litigios de escasa cuantía, los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor podrían resultar disuasorios y dar lugar a que éste renuncie a interponer un recurso judicial. Estas cláusulas quedan comprendidas en la categoría de aquellas que tienen por objeto obstaculizar el ejercicio de las acciones judiciales por parte del consumidor, a que se refiere el punto 1, letra q) del Anexo de la Directiva¹².

2. *Cláusulas de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria*¹³:

– Cláusula de los intereses de demora: deben tenerse en cuenta las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo y hacerse la comparativa entre el tipo de 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 éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

– Cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de larga duración: debe tenerse 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.

– Cláusula de la liquidación unilateral del saldo: debe valorarse si la cláusula de que se trata supone 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.

3. *La modificación de los gastos de los servicios*¹⁴: el juez no debe dudar sobre el carácter abusivo de las cláusulas consistentes en exigir al consumidor después de la celebración del contrato gastos no acordados inicialmente por las partes.

4. *Cláusulas que se remiten a normas previstas para otro tipo de contratos*: en la sentencia de 21 de marzo de 2013, asunto RWE Vertrieb AG, se analizó si en los contratos de suministro de gas se podía incorporar una cláusula autorizada por la normativa nacional para otros tipos de contratos que permitía al proveedor modificar

¹² Reviste especial interés la sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial, apartado 22.

¹³ Por todas, sentencia de 14 marzo 2013, Mohamed Aziz.

¹⁴ STJ de 26 de abril de 2012, Sala Primera, C-472/10, asunto Invitel.

unilateralmente el precio del gas sin indicación de la causa, condiciones o alcance de la modificación.

Para finalizar y por su especial interés se hace un resumen de algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo en la materia tratada:

1. *Sentencia de 17 de junio de 2010.* Nulidad relativa a los contratos de depósito de alta rentabilidad. El aumento o disminución del valor de las acciones consideradas como de referencia no producía efectos simétricos en la imputación de los beneficios y de las pérdidas a una y otra parte contratante, además de la falta de información a los clientes y de la transparencia exigida por la ley.

2. *Sentencia de 23 de septiembre de 2010.* Confirma el carácter abusivo de la cláusula relativa al interés moratorio al 29%. El interés moratorio queda fijado en la tasa que se indica desde la fecha misma en que empezaron a devengarse.

3. *Sentencia de 2 de noviembre de 2010.* Acción de nulidad de la cláusula de redondeo al alza de los intereses de la deuda. Concluye el Tribunal Supremo que no hay desequilibrio porque se ha previsto que el redondeo sea al alza o a la baja.

4. *Sentencia de 4 de noviembre de 2010.* Nulidad de la cláusula usada por una entidad que estipuló el redondeo al alza por exceso en contrato de préstamo hipotecario a interés variable formalizado

5. *Sentencia de 29 de diciembre de 2010.* Declaró la nulidad por abusiva de la condición general de la contratación contenida en los préstamos hipotecarios a tipo variable. Declara el TS que es innecesario un pronunciamiento específico en el caso dado que la Sentencia de dicho Tribunal de 4 noviembre 2010 ya declaró abusivas para los consumidores las fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente y que, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

6. *Sentencia de 2 de marzo de 2011.* Nulidad de las cláusulas que eximían a la entidad bancaria de la obligación de notificar al prestatario el interés a aplicar con carácter previo a su aplicación, así como cláusula de redondeo al alza. Señala el TS que es contrario a la buena fe que no se opte por el «*redondeo a la fracción decimal más próxima o al cuarto de punto más próximo, que fácilmente permitiría repartir entre la entidad bancaria y su cliente la oportunidad de beneficiarse del redondeo*».

7. *Sentencia de 18 de junio de 2012.* Niega existencia de abusividad y considera el 20,50% un interés que en la fecha del contrato no excedía del que venían exigiendo las entidades crediticias.

8. *Sentencia de 9 de mayo de 2013.* La sentencia conocida como «cláusulas suelo» donde el Alto Tribunal declaró la nulidad de las cláusulas enjuiciadas por la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

VIII. CONCLUSIONES

A modo de conclusión ha de resaltarse el papel esencial que, por obra del TJUE, los jueces nacionales deben garantizar en el control de las cláusulas abusivas, y ello al margen de que sean invocadas por el consumidor.

En verdad, el TJUE ha instaurado un auténtico control de oficio sobre la abusividad de las cláusulas en defensa y protección de los consumidores que, en todo caso, no puede mermar la protección de otros derechos, en concreto del derecho a la tutela judicial efectiva, y el principio de contradicción. Los jueces nacionales han de garantizar un equilibrio entre todos los intereses comprometidos a fin de restablecer, si es necesario, el equilibrio del contrato.

RESUMEN: El año 2013 concluye con cinco importantes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril que han ocasionado un gran interés debido al actual momento económico y social y han provocado la adaptación de la legislación española para garantizar al consumidor una protección más eficaz.

PALABRAS CLAVE: Consumidor, cláusulas abusivas, control de oficio.

ABSTRACT: The year 2013 ends with five important judgments of the Court of Justice of the European Union on the interpretation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April that have caused a great interest due to the current economic and social time and caused the adaptation of Spanish legislation to ensure more effective consumer protection.

KEYWORDS: Consumer, unfair terms, control office.

Recibido: 25 de noviembre de 2013

Evaluado: 1 de diciembre de 2013

Aceptado: 9 de diciembre de 2013