

V. 2 LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Isabel Tapia Fernández

Decían los clásicos griegos que las cualidades del buen narrador son éstas: la pertinencia, la brevedad y claridad en los datos, así como el dominio del “tempo” narrativo.

No cabe duda de que el discurso del nuevo académico que acabamos de oír goza de todas y cada una de estas cualidades señaladas: es pertinente, breve, claro en los datos y dueño del tiempo narrativo.

Pertinente, en primer lugar, porque difícilmente se encontrará un tema de mayor actualidad que el control de abusividad de una cláusula inserta en un contrato con consumidores, como lo demuestran las abundantes declaraciones jurisprudenciales, tanto de los Tribunales españoles como internacionales.

En segundo lugar, breve, porque no se puede tratar en menos tiempo tantas y tan importantes cuestiones como las tratadas en el discurso del Magistrado Sr. Gómez. Dar una visión general, y al mismo tiempo completa, de un proceso tipo en el que interviene un consumidor a título individual, ejercitando una acción particular y no colectiva, no es en absoluto sencillo. Sobre todo, si se tiene en cuenta –como menciona el conferenciante– que la nueva Ley procesal civil no se ha ocupado específicamente del tratamiento procesal de estas cuestiones. Sí que lo ha hecho con diversas y especiales normas procesales a propósito del ejercicio de las acciones colectivas de los consumidores y usuarios, que, por otra parte, han sido objeto de comentarios científicos abundantes. Pero no ha tratado el ejercicio jurisdiccional de las acciones individuales en un proceso en el que el consumidor o consumidores comparecen a título individual. Para estos casos, el Magistrado, Sr. Gómez, estima que la posición de desigualdad de las partes en conflicto debería admitir correctivos por parte de una legislación, ofreciendo una intervención pública (la del órgano jurisdiccional) mayor.

El discurso, en tercer lugar, es claro en los datos. Analiza la Jurisprudencia de los Tribunales patrios, y, sobre todo, la prolija Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, con una brillantez y claridad extraordinaria. Ya me decía mi Maestro, el Profesor De la Oliva, que sólo quien tiene claras las ideas es capaz de transmitir las de modo que un público suficientemente instruido en el tema que escucha o lee sea capaz de captarlas en todo su significado. Y mi padre –que no era jurista, pero sí un científico y humanista de primer orden–, ante mi agobiante sensación de juventud de no entender un artículo periodístico, o un ensayo filosófico, me tranquilizaba con estas palabras: si una persona de inteligencia normal y suficientemente formada intelectualmente no es capaz de entender lo que está leyendo u oyendo, no es suyo el error, sino del narrador que no sabe transmitir la idea. Ante la lectura del discurso del Sr. Gómez he rememorado esos consejos de dos figuras de referencia en mi vida (académica uno, personal el otro): el discurso hace fácil una materia que es en extremo enrevesada. Se podrá estar de acuerdo o no en todo o en parte de lo que afirma el nuevo académico; pero no cabe duda de que es claro en los datos y conceptos, signo distintivo de un buen narrador.

Finalmente, el Magistrado domina el “tempo” narrativo con soltura. Captar la atención del oyente por un largo período de tiempo no es fácil. Lo psicólogos lo tienen ya muy estudiado. Expresar la mayor cantidad de ideas de interés en un tiempo limitado, y expresarlas con claridad y precisión es otra característica de buen orador o narrador.

A la vista de lo dicho, me resulta difícil “contestar” el discurso del nuevo Académico. En lenguaje jurídico, “contestar” es formular oposición, rebatir lo alegado de contrario. Y esto me resulta complicado. No sólo porque lo es rebatir sus atinadas consideraciones acerca del “proceso tipo” en que interviene un consumidor individual, sino –sobre todo– porque subyace en todo su discurso una idea central consistente en la misma esencia de la función constitucional del Juez.

Conozco al Magistrado Carlos Gómez en su oficio de impartir justicia. Fui Magistrado suplente durante catorce años, y tuve ocasión de formar Sala con Carlos Gómez en muchas ocasiones. De aquellos años me quedan algunas angustias y muchos buenos recuerdos. Algunas angustias, porque a ese oficio de juzgar verdaderamente sólo están llamados unos cuantos privilegiados. Aunque ambos pertenecemos a un campo científico común, el del Derecho, poco tiene que ver la función del Juez (del buen Juez, honesto y sensible, que tiene que aplicar la ley al caso concreto y dar o quitar o quitar la razón a quien a él acude en demanda de una resolución justa) con la de enseñar el Derecho,

que permite opinar, dudar, ofrecer diversas soluciones sobre unos mismos hechos. Por algo, de una palabra latina común: *magister*, han derivado en lengua romance dos vocablos distintos: un cultismo (*magistrado*), y un vulgarismo (*maestro*). *Non é vero ma é ben trovato*. La excelencia del buen Juez debe merecer las más altas consideraciones. Y me quedan también buenos recuerdos, porque era grato debatir cuestiones jurídicas con compañeros que siempre me tuvieron consideración y reconocimiento. Aprendí mucho en aquellos años, porque acudí a la magistratura con la humildad del discípulo y en la idea de reforzar mi tarea docente, dada mi tendencia a la abstracción y al mundo de los conceptos. Esos compañeros me enseñaron a descender a la práctica, a la imperiosa necesidad de plasmar en una sentencia un trozo de vida en desorden. Pero sólo se puede descender a la práctica cuando se tiene un dominio profundo del Derecho y sus instituciones.

La idea que subyace a lo largo del discurso del nuevo Académico está enraizada en la misma concepción constitucional de juzgar; en el difícil equilibrio entre la ley y su justa aplicación al caso concreto.

El juicio del Juez, a diferencia del del Legislador, debe versar siempre sobre la justicia de las conductas, no sobre conveniencias individuales o sociales. Es posible que exista una ley, justa en sí misma, y a pesar de ello estime el Juez que el litigante no merece la tutela que solicita, por ser su conducta injusta a pesar de la ley. En tales hipótesis, el Juez tiene autoridad para prescindir de la ley; pero, para no caer en la arbitrariedad judicial, la doctrina científica y la jurisprudencia primero, y luego la misma ley positiva, han arbitrado remedios técnicos como el abuso del derecho y la sanción del fraude de ley. Apreciar en su justa medida y aplicar estos correctivos precisa de mucha mesura y prudencia. Pero cuando el Juez reputa injusta una norma (por razón de su opinión subjetiva en materia social, religiosa o política), no puede, a mi juicio, imponer su criterio sobre la justicia o injusticia de la ley, a menos de que abramos un ancho portillo a la arbitrariedad y a la inseguridad jurídica.

Separar claramente el poder legislativo (creador de las normas) y el judicial (aplicador de las mismas) es esencial en un estado de Derecho, donde se protegen los derechos individuales del ciudadano frente al Estado, y, entre ellos, el derecho del justiciable a la tutela de los Jueces y Tribunales. Otra cosa es reconocer que las leyes procesales, las que configuran un determinado tipo de proceso (civil, penal o de otro tipo) están fuertemente influenciadas por la ideología sociopolítica de una concreta sociedad en un determinado momento histórico. Una ideología liberal capitalista o una ideología de base comunista y corte totalitario donde no se reconoce lo privado, no cabe duda

de que influyen decisivamente en la construcción legal de un tipo u otro de proceso; por mucho que se defienda la neutralidad del proceso aludiendo a que las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan la introducción de las ideas políticas.

Históricamente, nuestro proceso civil ha estado influenciado por una excesiva concepción liberal individualista. Pero con la Constitución del 78 y, sobre todo, con la estructural reforma del proceso civil operada por la Ley 1/2000, se ha venido reconsiderando el tradicional reparto de funciones del Juez y de las partes; y hoy día es de difícil aceptación la exagerada ideología liberal que hizo decir a Manresa que la mejor Ley de procedimiento es la que deja menos campo al arbitrio judicial. Sin duda, Manresa no tuvo en cuenta que no cabe confundir el interés que se deduce en el proceso con el proceso mismo: si los derechos que se ventilan en juicio son de índole privada y sometidos a la voluntad de sus titulares, los que conforman el proceso son derechos públicos, porque atañen a la relación del justiciable con la Administración de Justicia. Por ello, ante el difícil equilibrio entre los poderes del Juez y de las partes en el proceso civil, conviene hoy día hacer una reconsideración.

Nos llevaría demasiado lejos una exposición detallada del reparto de funciones de los sujetos procesales. Pero si he traído a colación esta cuestión es porque, precisamente, en el concreto tema objeto del discurso del Sr. Gómez es donde mayor incidencia tiene el polémico binomio poder del Juez/ poder de las partes.

En efecto, el fenómeno del consumo en masa de bienes y servicios obliga al legislador a garantizar de forma eficaz un genuino equilibrio en las relaciones jurídicas entre empresarios y consumidores, que obliga a modificar en parte las reglas ordinarias de una legislación civil general fundada en la igualdad de los contratantes.

La nueva LEC no ha diseñado un auténtico proceso especial para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, sino que los procesos colectivos son unos procesos ordinarios a los que se aplican una serie de reglas especiales. Pero, incluso, estas especialidades no alcanzan a los procesos en los que actúa un consumidor individual, ejercitando una acción individual y no colectiva. En estos casos, ante la ausencia de norma legal habilitante, ha sido la Jurisprudencia la que ha tenido que salvaguardar el equilibrio en las relaciones entre empresarios y consumidores; y no sólo desde el plano sustantivo, sino sobre todo, procesal. A este respecto, la importantísima Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, establece todo un sistema de protección

del consumidor basado en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (SS TJUE 2010/162, y 2014/105).

En la búsqueda de este equilibrio, habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo de control de una cláusula abusiva; con la consecuencia de la exigencia de expulsión del contrato de una cláusula nula por abusiva.

La nulidad contractual, desde el punto de vista del derecho civil, fue regulada por el Legislador español en el Código Civil de 1889; sin embargo, esta regulación no se vio reflejada en la esfera procesal, con un tratamiento adecuado a la declaración de nulidad judicial. Y la aplicación de categorías conceptuales civiles a categorías procesales es sabido que no es enteramente posible.

En efecto, simplificando extraordinariamente una cuestión que es sumamente compleja, se puede decir que el Derecho civil entiende que un acto es nulo cuando se opone al interés público. Pero, interés público en Derecho civil y en Derecho procesal suponen conceptos distintos. En el ámbito civil, el interés público requiere el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad; mientras que en el ámbito procesal, el interés público exige la intervención estatal en el proceso a través del principio de oficialidad. Y una cuestión que afecta al interés público desde una perspectiva civil puede no tener la suficiente entidad desde la perspectiva procesal como para exigir que el proceso en que se ventile esa cuestión deba regirse por el principio de oficialidad señalado.

Es sabido que la clásica tesis bipartita nulidad/anulabilidad ha venido proclamando que la nulidad absoluta, de pleno derecho, opera *ipso iure*, por ministerio de la ley, no necesita declaración judicial alguna, no produce efecto jurídico alguno, por lo que no es preciso que se impugne ni que sea declarada judicialmente; la función judicial se limitaría a una mera constancia de la existencia de la causa de nulidad, no siendo necesaria la alegación y prueba de la parte, ni la actividad del Juez. La nulidad relativa, por el contrario, o anulabilidad supondría la necesaria alegación y denuncia de la parte, y su eficacia no operaría *ipso iure*, sino por resolución judicial, con efectos *ex tunc*.

Pero esta tesis bipartita ha venido debilitándose progresivamente, sobre todo si se tiene en cuenta que no tiene reflejo en el proceso civil, ya que, en el ámbito procesal entran en juego valores y garantías que hacen que la

automaticidad señalada sea extraña a la naturaleza propia del proceso civil, caracterizado por la confrontación entre dos partes procesales. Es por ello por lo que un pretendido juicio automático del Juez, impuesto por ministerio de la ley, que prescinde de la actuación de las partes, es incompatible con un proceso con todas las garantías. Como afirma MARCOS GONZÁLEZ (“La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas”, Navarra, 2011, pág. 56), una resolución judicial que declara la nulidad del contrato, cuyo contenido proceda de la aplicación automática por el órgano jurisdiccional de la sanción de nulidad a unos hechos que constan en los autos no sería admisible, porque el Tribunal no se basaría en actividad contradictoria de las partes sobre la situación jurídica sustantiva afectada por la nulidad que declara en su resolución. El principio dispositivo y los principios de contradicción y defensa obligarían al órgano judicial a pronunciarse sobre la nulidad sólo después de que las partes la hayan planteado y hayan tenido oportunidad de ser oídas sobre su existencia.

Por todo lo anterior, y ante la innegable confusión existente doctrinal y jurisprudencial acerca del tratamiento en el proceso de una nulidad de pleno derecho, el Legislador de la Nueva LEC ha regulado en el art. 408 la alegación de nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda; de tal modo que esa cuestión quede definitivamente resuelta con efectos de cosa juzgada material cuando la parte la alegue y tenga un tratamiento contradictorio en el proceso; y, en caso contrario, de no ser así, sólo pueda tenerla en cuenta el órgano judicial a los meros efectos incidentales (*incidenter tantum*, sin efectos de cosa juzgada). En cualquier caso, y por el juego de los mismos principios procesales, la declaración de nulidad contractual no se obtiene de oficio sino que requiere alegación de parte legítima, por respeto al principio dispositivo y a las garantías procesales de las partes afectadas. La consideración de oficio (que no declaración) se puede producir como consecuencia de la apreciación del hecho impeditivo de la nulidad absoluta (por falta de uno de los elementos esenciales del contrato, por infracción de norma imperativa, o por incumplimiento de un requisito de forma *ad solemnitatem*); pero sin alegación de parte y voluntad de ejercicio de la acción de nulidad, la sentencia que se dicte producirá la absolución del demandado, pero no tendrá eficacia en un proceso posterior donde las partes puedan ejercitar la acción de nulidad con todas las garantías.

En cualquier caso, tanto la doctrina como sobre todo la Jurisprudencia han entendido que si bien la apreciación del hecho impeditivo de la nulidad absoluta puede darse sin la expresa solicitud de parte, esto hay que tomarlo *cum grano salis*, para que no se vean mermados los principios constitucionales de contradicción y defensa. Y así, el Tribunal Supremo ha ido elaborando una teo-

ría según la cual la apreciación de oficio de una nulidad no pedida por la parte es posible sólo cuando razones de derecho material exigen esa declaración. Pero la indeterminación de cuáles sean esas razones, obliga al examen del caso concreto. En todo caso, el carácter restrictivo y excepcional de la declaración de oficio queda reservada para supuestos de grave ilegalidad o grave infracción del orden público; y aun así, el juicio de evidencia del Juez derivado de su propia apreciación de los hechos, debe obligar a oír a las partes en conflicto, en una actividad procesal contradictoria indispensable. El problema es que no existe en nuestro sistema procesal esta posibilidad de abrir un incidente contradictorio, con carácter general, para poder discutir una nulidad apreciada por el Juez de oficio. Y al no ser así, los superiores principios constitucionales de contradicción y defensa deben primar sobre una declaración judicial tomada sin la previa posibilidad defensiva del litigante. Por ello, el Tribunal Supremo ha venido manifestando que en nuestro sistema jurídico la declaración de nulidad contractual con efecto de cosa juzgada procede a instancia de parte y se articula en los mismos términos procesales que el resto de las pretensiones jurídico privadas, porque su estimación exige el debate contradictorio de las partes (Marcos González, op. cit, pág.177). Por lo tanto, una sentencia que declara una nulidad no pedida es una sentencia incongruente, porque el Juzgador se está pronunciando sobre pretensiones no aducidas por las partes, con quiebra del principio dispositivo y de contradicción que rige en los procesos civiles.

La polémica adquiere dimensiones extraordinarias cuando lo que está en entredicho es la nulidad de una cláusula inserta en un contrato entre un profesional y un consumidor. Y en este marco, el Derecho de la Unión Europea ha influido decisivamente sobre nuestros tribunales y sobre nuestras propias normas. Y es que en el ámbito de los derechos de los consumidores se ha producido un desplazamiento de lo privado a lo público que no tiene reflejo en el ámbito del proceso. La normativa sobre cláusulas abusivas dictada como consecuencia de la transposición de las Directivas Comunitarias en materia de protección de consumidores y usuarios ha obligado a los Tribunales nacionales a plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea diferentes cuestiones, analizadas espléndidamente por el Magistrado Sr. Gómez en su discurso, que guardan relación con el pronunciamiento de oficio de la nulidad de dichas cláusulas. Y la respuesta a la necesidad de apreciación de oficio de una cláusula nula en contratos con consumidores ha sido unánime, de tal modo que un consumidor individual no quede vinculado por una cláusula abusiva; y que tal declaración de oficio sirva de elemento disuasorio para los profesionales que contratan con particulares. De este modo, la regla general anteriormente vista sobre nulidad contractual, según la cual el órgano judicial no está facultado, con carácter general, para apreciar de oficio la nulidad contractual, cede en el caso de las cláusulas abusivas, de modo que en éstas

no es una excepción la declaración de oficio de las mismas, ni ha de tomarse con carácter restrictivo, sino que propiamente constituye una regla general que pretende impedir que éstas vinculen a los consumidores, al tiempo que constituyen un elemento disuasorio para su utilización por los profesionales. Se trata, así, de uno de los supuestos excepcionales en los que se ha establecido expresamente la nulidad de pleno derecho por razones de protección del orden público. El desequilibrio existente en este tipo de procesos queda minorado por esta importante quiebra del principio dispositivo, que otorga al órgano jurisdiccional la facultad/obligación de expulsar del contrato una cláusula abusiva para el consumidor.

En efecto, el art. 6 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, origen de toda una unitaria Jurisprudencia comunitaria posterior, contiene dos obligaciones para los Estados miembros: a) que “las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor”; b) que una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, “dispondrán que éste siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

En cuanto al primer extremo, esto es, que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, esto significa en el plano procesal que su aplicación no puede quedar exclusivamente atribuida a la alegación de las partes, ya que tal norma tiene carácter imperativo y rango de norma de orden público. La justificación de esta norma es que la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente al profesional en su capacidad de negociación e información obliga a que el ordenamiento jurídico prevea mecanismos de restitución del debido equilibrio de las partes, compensándose esa situación de inferioridad de una de las partes mediante la intervención de un tercero ajeno a ellas, el Juez. La apreciación de oficio con carácter general de una cláusula nula por abusiva (sea ésta cual sea, según el elenco que señala el art. 82 de la Ley General de Consumidores y Usuarios) se constituye, así, como una norma esencial y primaria para la restauración del posible desequilibrio en contratos con consumidores.

Las variadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reseñadas en el discurso del nuevo Académico, declarando la incompatibilidad de nuestro ordenamiento con ese art. 6 de la Directiva, han propiciado las recientes reformas de diversos artículos de la LEC, en el sentido de establecer esta norma general de la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas. Y así, en procedimientos donde la contradicción de las partes está muy mermada por la propia naturaleza de los mismos, sucesivas reformas de la Ley han previsto esta intervención judicial de oficio:

- el art. 552 prevé el examen de oficio del Juez ejecutor en el proceso de ejecución de título no judicial;

- el art. 815.4 prevé que el Letrado de la Administración de Justicia dé cuenta al Juez para que de oficio examine la posible existencia de alguna cláusula abusiva en la solicitud de procedimiento monitorio.

Aunque el examen de oficio se prevé sólo para la ejecución de títulos no judiciales, el TJUE, en Sentencia de 6 de octubre de 2009 (Asturcom Telecomunicaciones) ha declarado que también en el caso de la ejecución de un laudo arbitral “el Juez deberá ponderar todos los intereses en juego”, sin llegar a dar una respuesta clara, al considerar que el Juez remitente sería el que decidiera de forma definitiva si en el Derecho nacional se podría controlar de oficio cuestiones de orden público en el caso de la ejecución de un laudo (que, como es sabido, tiene los mismos efectos de cosa juzgada que una sentencia condenatoria).

Finalmente, por lo que respecta a la apreciación de oficio de una cláusula abusiva, el TJUE también ha declarado la posible renuncia del consumidor a la aplicabilidad de la nulidad de oficio. Así, la STJUE de 14 de abril de 2016, siguiendo la doctrina expuesta en la STJUE de 21 de febrero de 2013 tiene declarado que *“el derecho a una protección efectiva de consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula”*. Se observa también aquí cómo la nulidad de pleno derecho que se predica de estas cláusulas abusivas sigue un camino diverso de la nulidad general contractual que regula el Código civil, dado que en éste dicha nulidad es absoluta, irrenunciable e imprescriptible.

El segundo extremo del referido art. 6 de la Directiva significa que, admitido sin quiebras el control de oficio de las cláusulas abusivas, al tratarse de una nulidad de pleno derecho, por razones de orden público, que se impone en defensa del consumidor, la consecuencia que deriva de la declaración de nulidad es que los Tribunales “... dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”. Por tanto, el contrato subsistirá sin la cláusula expulsada del mismo, siendo obligatorio para las partes en los mismos términos.

En este punto, se plantean varios y complicados temas, bien tratados en el discurso del nuevo Académico, cuya consecuencia ahora reseño desde el punto de vista procesal.

– La primera consecuencia procesal que se deriva de la declaración de oficio es que no se puede tachar de incongruente una sentencia que aprecia la nulidad de una cláusula abusiva sin instancia de parte. No será una sentencia incongruente por *extra petita* ni por *ultra petita*, esto es, una sentencia que declara cosa distinta de lo pedido por las partes ni una pretensión de parte no pedida.

– La segunda consecuencia procesal es que, si bien en estos casos y en defensa del consumidor se prevé una declaración de nulidad de una cláusula abusiva de oficio por el Juzgador, esta declaración de oficio se deberá realizar en el proceso; es decir, una vez firme la resolución que le pone fin, ésta adquiere efectos de cosa juzgada material, sin que sea posible destruir esa eficacia de cosa juzgada; a no ser en los supuestos excepcionales que se prevén para la interposición de una acción de revisión (y entre estos supuestos excepcionales, no se encuentra la apreciación de nulidad). Se dice que la sentencia con efectos de cosa juzgada material subsana todos los posibles errores, en pro de la seguridad jurídica, que es lo que se protege con esta institución.

El problema fundamental, a mi juicio, es que tanto en el caso del proceso monitorio, como en el caso de la ejecución de un laudo (no así en el del despacho de la ejecución de títulos no judiciales, donde nada se ha juzgado con precedencia), se dice que la cosa juzgada material deberá impedir un examen judicial de cuestiones que debieron ser planteadas en el momento correspondiente, pero que ahora quedan definitivamente resueltas por los efectos materiales de la sentencia (cosa juzgada).

Con relación al laudo arbitral, cuando éste se dicta sin que ninguna de las partes hubiera alegado la nulidad en el procedimiento arbitral ni tampoco hubiera ejercitado la acción de nulidad del laudo, la jurisprudencia acerca de su posible nulidad en fase de ejecución ha sido contradictoria, hasta que en la actualidad ha prevalecido el sentido favorable a la misma, dada toda la doctrina actual en materia de protección de los consumidores; en especial, a raíz de la STJUE (caso Asturcom Telecomunicaciones) de 6 de octubre de 2009, en la que se resuelve la concreta cuestión planteada por el Juez nacional relativa a si el Juez ejecutor de un laudo firme puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula arbitral. El TJUE contestó en los siguientes términos: “*Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse*

en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si éste es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula”.

A la vista de la anterior declaración, nuestras Audiencias Provinciales vienen considerando en la actualidad que los Tribunales están facultados para denegar el despacho de ejecución de un laudo en procesos de consumidores si aprecian de oficio la nulidad del convenio arbitral por ser contrario al orden público, a pesar de los efectos de cosa juzgada material que tiene el laudo arbitral.

Con relación al proceso monitorio, la reciente reforma de la LEC de 5 de octubre de 2015 (Ley 42/2015), dando cumplimiento a lo previsto en la STJUE de 14 de junio de 2012, ha modificado el procedimiento monitorio y establecido que cuando la reclamación de la deuda se funde en un contrato celebrado entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el Juez puede apreciar de oficio el carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible.

El problema ha surgido porque a raíz de la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, la solicitud del procedimiento monitorio se presenta ante el Secretario judicial (Letrado de la A.J.) que será el encargado de averiguar si los documentos aportados con la solicitud son aptos para este tipo de procedimiento, y si es así, será el mismo Secretario el que requerirá al deudor para que pague, comparezca y formule oposición, o no haga ni lo uno ni lo otro en el plazo al efecto señalado. De este modo, el Secretario judicial y no el Juez, es el encargado de examinar la corrección de la solicitud del procedimiento monitorio y del dictado del correspondiente requerimiento de pago; y sólo debería dar cuenta al Juez cuando entendiera que la cantidad reclamada no era la correcta, a tenor de los documentos acompañados con la solicitud. Por lo tanto, no se podía apreciar en este momento la posible nulidad de alguna

cláusula origen de la obligación, a no ser que el deudor formulara oposición ante el requerimiento de pago efectuado. De no ser así, el monitorio podía concluir sin la posibilidad de la apreciación judicial de una cláusula abusiva.

Para subsanar este fallo y tras varias Sentencias del TJUE en este sentido, la Ley 42/2015 ha añadido un nuevo párrafo 4 al art. 815 LEC estableciendo que si el monitorio se fundara en un contrato entre un empresario y un consumidor, el Secretario judicial, previamente a efectuar el requerimiento deberá dar cuenta al Juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de una cláusula que funde la petición o determine la cantidad exigible. De este modo, será el Juez quien de oficio podrá apreciar tal nulidad y declararlo así mediante Auto. Pero con anterioridad a esta recentísima reforma del monitorio, dado que la intervención del Juez en el monitorio sólo estaba prevista para cuando el Secretario entendiera que la cantidad reclamada no es la correcta, o cuando el deudor formulara oposición, podía ocurrir que el monitorio terminara con un decreto del Secretario al no atender el deudor ni el requerimiento de pago ni siquiera compareciera ante el Tribunal. Ese decreto del Secretario se constituía así en un título hábil para iniciar un proceso de ejecución, “bastando para ello con la mera solicitud”, como afirma el art. 816 LEC. Y dado que se trataría de una ejecución de título judicial o asimilado, no sería ya posible que el Juez al despachar la ejecución apreciara la posible nulidad de alguna cláusula abusiva. Por eso, ante esta situación, un Juzgado de Cartagena planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la adecuación de la normativa nacional a la Directiva Comunitaria de constante referencia. El TJUE, en sentencia de 18 de febrero de 2016 resolvió la cuestión planteada declarando que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación.

La citada STJUE es de interés porque plantea y se pronuncia sobre una cuestión que el Juzgado nacional sometió a su consideración, y que, desde mi punto de vista, fue expuesto con error. En efecto, el órgano judicial remitente indica que la resolución del Secretario judicial (decreto) dando por terminado el proceso monitorio al no haber atendido los demandados el requerimiento de pago ni haber comparecido ante el Tribunal para formular oposición, “es un título ejecutivo judicial con fuerza de cosa juzgada, por lo que el Juez ejecutor no puede examinar de oficio, en el procedimiento de ejecución, la posible existencia de cláusulas abusivas en el contrato que dio lugar al

proceso monitorio”. No es éste el momento oportuno para explayarme sobre esta cuestión; pero entiendo que la cosa juzgada material de ningún modo puede alcanzar a una resolución (decreto, no sentencia) de un órgano no jurisdiccional (el Secretario), cuyo contenido es de mera constatación fáctica (que el deudor ni se ha opuesto al requerimiento, ni lo ha atendido, ni ha comparecido ante el Juzgado), donde, por consiguiente, nada ha sido juzgado.

En todo caso, por lo que afecta al hilo conductor del discurso, remarco que la Ley 42/2015 ha solucionado el problema (aunque, desde mi punto de vista, sólo en parte) al prever que el Secretario judicial dé cuenta al Juez cuando el monitorio se basa en derechos de los consumidores.

– La tercera consecuencia de la declaración de oficio de la nulidad de una cláusula abusiva, a la que me quiero referir brevísimamente es que, según el art. 6.1 de la Directiva 93/13, el Juez nacional, constatada la citada nulidad, no puede integrar dicho contrato modificando el contenido de dicha cláusula, pues, como advierte la STJUE de 30 de abril de 2014, *“si el juez nacional tuviera 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, ya que los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de ese modo el interés de dichos profesionales”*. En el mismo sentido, la STJUE 2012/143, y la STJUE 2015/4.

Sin embargo lo dicho, y dado que lo que persigue la Directiva 93/13 es que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula abusiva, y por tanto siga obligando a las partes, la Jurisprudencia del TJUE (Sentencia de 21 de enero de 2015) ha venido entendiendo que el Juez nacional puede aplicar los principios del Derecho contractual y subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional. Y el Derecho nacional, según el art. 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, según redacción dada en 2007, establece esta integración según el Código civil (art. 1258) y según el principio de buena fe objetiva.

Ahora bien, analizando caso por caso, como ha hecho magistralmente el Magistrado (permítaseme esta paranomasia), ya se ha visto la dificultad de esta subsanación en muchos casos de nulidad de una cláusula abusiva (intereses de demora abusivos, cláusula suelo... etc). Nada tengo yo que añadir a este fino análisis que ha realizado el Sr. Gómez.

– La cuarta apreciación que quiero mencionar es la consecuencia que tiene para las partes la declaración de nulidad de una cláusula contractual; dado que, además de su expulsión del contrato, implica la exigencia de restitución recíproca de lo entregado entre las partes.

Sabido es que la declaración de nulidad se limita a constatar una situación preexistente, de modo que sus efectos nacen *ex tunc* y no a partir de la sentencia que la declara (efectos *ex nunc*); de este modo, cuando el Juzgador declara de oficio la nulidad del contrato no sólo destruye la apariencia jurídica de ese contrato sino que además ordena que las partes se restituyan recíprocamente las cosas que hubiesen sido objeto del mismo.

La obligación de restitución como consecuencia ineludible de la declaración de nulidad, puede ser incluso declarada de oficio; de modo que, aunque la restitución no haya sido objeto de petición por ninguna de las partes, la sentencia que la declara no es una sentencia incongruente. Esta declaración de la obligación de restitución podrá hacerse o bien en el propio juicio donde se apreció la nulidad (STS de 30 de julio de 2009), o bien en otro juicio independiente cuando no se disponga de los datos suficientes para proceder a la liquidación de las cantidades que procede abonar (SSTS de 18 de marzo y 30 de junio de 2009).

Pero si bien lo dicho constituye la teoría general de derecho civil con relación a cláusulas nulas, también en este punto, la declaración de nulidad de una cláusula abusiva tiene unos tintes que no se compaginan con la teoría general, como también ha sido ampliamente analizado por el nuevo Académico con relación a la declaración de abusividad de una cláusula de intereses moratorios, o de vencimiento anticipado o una cláusula suelo. Tampoco sobre este extremo tengo yo nada que añadir, tras el minucioso análisis que el Sr. Gómez realiza de la Jurisprudencia con relación al tema más polémico: el de la nulidad de las cláusulas suelo, una vez que han sido declaradas nulas y expulsadas del contrato. En especial, del análisis que efectúa de la STS de 25 de marzo de 2015, donde claramente se establece que los efectos de la nulidad de una cláusula suelo y la correspondiente devolución de lo indebidamente pagado por el consumidor no tendrá efectos *ex tunc*, esto es, desde la firma del contrato, sino a partir de una fecha concreta: la publicación de la Sentencia del Pleno del TS de 9 de mayo de 2013, puesto que anteriormente a esta fecha la retroactividad produciría trastornos graves con transcendencia al orden público económico; de modo que sólo a partir de esta Sentencia del Pleno del TS “no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados”.

Finalmente, hay que recalcar que la declaración de oficio de la nulidad de una cláusula abusiva, por entender cuestión de orden público la defensa del consumidor, no puede sustraerse de las garantías constitucionales que se establecen en todo tipo de procesos y para todas las situaciones: la exigencia de contradicción y defensa de las partes antes de que proceda la declaración de nulidad, puesto que tales garantías forman parte del orden público procesal que tiene que ser protegido.

Por eso es por lo que los nuevos preceptos de la LEC que establecen esta declaración de oficio de una cláusula nula en contratos celebrados con consumidores prevén siempre un incidente contradictorio para que las partes tengan ocasión de ser oídas antes de que el Tribunal declare la nulidad.

Y nada más. Sólo quiero mostrar mi gratitud al Presidente de la Academia por haberme concedido el honor de contestar el magnífico discurso de ingreso del nuevo Académico Dn. Carlos Gómez y darme así la oportunidad de desear públicamente una fructífera y gratificante labor como Académico de número a este espléndido jurista y mejor persona.