



Deber del juez de controlar de oficio las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores en el seno del concurso de acreedores.

Autor/a

Amanda Cohen Benchetrit

Magistrada Especialista Mercantil

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº5 | Año 2017

Artículo nº 4

Páginas 15-20

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

1. Introducción. Delimitación previa: concepto de consumidor en el ámbito comunitario y en la legislación interna.

Es reiterada la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en el sentido de que el juez nacional no sólo tiene la facultad, sino también el deber de controlar de oficio las cláusulas abusivas

insertas en contratos celebrados con consumidores (así lo ha señalado, entre otras y sin ánimo de ser exhaustiva, en las Sentencias de 27 de junio de 2.000 – Asunto Océano-; de 4 de junio de 2.009 – Asunto Pannon-; de 26 de enero de 2.017 – Asunto Banco Primus-, habiendo recaído todas estas resoluciones al contestar a las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales Nacionales en interpretación de la Directiva 93/13/ CEE del Con-

sejo de 5 de abril de 1.993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores).

A los efectos de la Directiva citada, debe entenderse por “consumidor” toda persona física que, en los contratos que contempla aquélla, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional (artículo 2), concepto de consumidor sólo en parte coincidente con el que rige en nuestro derecho interno pues, conforme a lo que dispone el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGDCYU), tras la reforma operada en dicho precepto por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

En la redacción anterior de la norma, el precepto decía que “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

En consecuencia, mientras que en el marco de la Directiva, consumidor únicamente puede serlo la persona física que actúe con propósito ajeno a su actividad profesional, conforme al TRLGDCYU consumidor puede ser tanto una persona física, como una persona jurídica, siempre que concurren los demás requisitos expresados en el artículo 3.

Con todo, no siempre la labor de delimitar el concepto de consumidor se revela como tarea sencilla, lo que explica que el TJUE se haya pronunciado sobre la cuestión en varias ocasiones.

Así, en la Sentencia de **3 de septiembre de 2.015** (*asunto Costea*), después de recordar que la idea que sustenta el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13/CEE es 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 (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU: C: 2013: 341, apartado 31, y Siba, C- 537/13, EU: C: 2015: 14, apartado 22)*”, concluye que un profesional (en el caso se trataba de un abogado) puede tener la condición de consumidor si el contrato no está vinculado a la actividad profesional (una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado).

Dicho Tribunal también ha aclarado el concepto de consumidor a los efectos de obtener la protección de la Directiva 93/13 en sus **Autos de 19 de noviembre de 2.015 y 14 de septiembre de 2.016** respecto de los avalistas o fiadores que garantizan una operación mercantil societaria concluyendo que tales sujetos están protegidos por la Directiva 93/13/CEE “cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad”.

Deber del juez de controlar de oficio las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores en el seno del concurso de acreedores.

2. *Apreciación de la abusividad de la cláusulas insertas en contratos con consumidores en el procedimiento concursal.*

Hasta el año 2016, el TJUE se había pronunciado en diversas ocasiones sobre el deber de apreciación de la abusividad de las cláusulas insertas en contratos de consumidores, tratándose de procedimientos no concursales, ya fueran arbitrales, declarativos o de ejecución singular. Sin embargo, en la Sentencia de 21.04.2016 (asunto Radlinger) se introduce, como cuestión novedosa, la posibilidad de control de oficio por parte del Juez de la abusividad de las cláusulas, tratándose de un deudor no profesional, en el seno del procedimiento concursal.

En el caso examinado por el órgano jurisdiccional nacional que planteó la cuestión (el Tribunal Regional de Praga) concurrían los siguientes hechos de relevancia, que se consignan a continuación y se recogen en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: “34 El 23 de mayo de 2013, en el marco del procedimiento concursal, Finway comunicó dos créditos ejecutivos, el primero, por importe de 3 045 991 CZK (unos 112 700 euros), garantizado mediante una hipoteca, y el segundo, por importe de 1 359 540 CZK (unos 50 300 euros), desprovisto de garantía y correspondiente a la penalización estipulada en el contrato controvertido en el litigio principal, igual al 0,2 % del principal inicialmente prestado por cada día de retraso, para el período comprendido entre el 23 de septiembre de 2011 y el 25 de abril de 2013.

35.- El 3 de julio de 2013, los esposos Radlinger reconocieron el carácter ejecutivo de los créditos pero impugnaron su importe, alegando que las cláusulas del contrato contro-

vertido en el litigio principal eran incompatibles con las buenas costumbres.

36.- Mediante resolución de 23 de julio de 2013, el órgano jurisdiccional remitente aprobó la propuesta de convenio de los esposos Radlinger en forma de un plan de pagos de carácter solidario.

37.- El 24 de julio de 2013, los esposos Radlinger interpusieron una demanda incidental ante el referido órgano jurisdiccional en la que solicitaban, en su condición de deudores, que se declarase la ilegalidad parcial o total de los créditos comunicados por Finway.

38.- En lo que atañe a esta demanda, el órgano jurisdiccional remitente afirma que, en virtud de la Ley concursal, el deudor únicamente puede impugnar los créditos no garantizados, y ello tan sólo en el marco de una demanda incidental basada exclusivamente en la prescripción o en la extinción de la deuda.”

Expuesta dicha situación, el Tribunal Regional de Praga decide plantear cuestión prejudicial en los siguientes términos:

“ ¿Se oponen el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 22, apartado 2, de la Directiva 2008/48/CE, u otras disposiciones del Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores:

a) al espíritu de la Ley concursal, que permite al órgano jurisdiccional evaluar la autenticidad, el importe o el orden de prelación de los créditos derivados de relaciones con consumidores exclusivamente sobre la base de una demanda incidental interpuesta por el administrador concursal, un acreedor o (con las limitaciones antes expuestas) el deudor (consumidor)?

b) a unas disposiciones que, en el marco de la legislación nacional sobre procedimientos con-

cursales, limitan el derecho del deudor (consumidor) a solicitar la revisión judicial de los créditos comunicados por los acreedores (proveedores de bienes y servicios) exclusivamente a los casos en los que el concurso del consumidor se resuelva mediante la aprobación de un convenio y, en ese contexto, sólo para los créditos no garantizados, limitándose además los motivos que el deudor puede invocar, en el caso de créditos ejecutivos reconocidos por una resolución de la autoridad competente, únicamente a la extinción o a la prescripción del crédito, tal como disponen los artículos 192, apartado 3, y 410, apartados 2 y 3, de la Ley concursal? (...)”

Ante la pregunta formuladas por el Tribunal Regional de Praga, el TJUE contestó que “1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa procesal nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en un procedimiento concursal, por un lado, no permite que el juez concursal examine de oficio el carácter supuestamente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en el marco de tal procedimiento, aunque este juez disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello, y que, por otro lado, sólo permite que dicho juez examine los créditos que no vayan acompañados de una garantía, y ello únicamente en relación con un número limitado de alegaciones basadas en la prescripción o en la extinción de tales créditos”.

3. Cuestiones prácticas

Expuesta la doctrina del TJUE, recogida en la citada Sentencia de 21 de abril de 2.016, y en orden a la aplicación de dicha resolución en el ámbito interno, se plantea la pregunta relativa al momento en que el Juez del Concurso podría analizar el carácter abusivo de las cláusulas insertas en un contrato de préstamo o crédito.

Debemos partir del hecho de que en nuestro procedimiento concursal, y tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo de 2.009 (con vigencia desde el 01/04/2009), los acreedores deben comunicar a la Administración Concursal (y no al Juzgado o al Juez del Concurso) la existencia de sus créditos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado del auto de declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el art. 23 LC (artículo 21.1.5º LC).

En consecuencia, en dicho momento inicial de la comunicación del crédito, el Juez no tiene la posibilidad de controlar de oficio las posibles cláusulas abusivas que incluya el documento del que derive el crédito, pues en ese instante, el Juez del Concurso carece de los datos de hecho y de derecho necesarios para ello.

Sin embargo, entiendo que el Juez del Concurso sí podrá analizar el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato en el caso, por ejemplo, de que se siga por el acreedor privilegiado especial una ejecución separada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 57 LC, que se tramite en pieza aparte. En ese caso, no sólo cabría que el deudor en concurso pudiera formular oposición con arreglo a la normativa de la LEC, sino que el Juez deberá, de

Deber del juez de controlar de oficio las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores en el seno del concurso de acreedores.

acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, examinar el documento del que derive el crédito y, caso de que entienda que alguna/s cláusula/s pudiera/n resultar abusivas (SSTJUE asunto Océano de 27 de junio de 2.000; asunto Pannon de 4 de junio de 2.009; Caso Asturcom de 6 de octubre de 2.009; Caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, asunto Banco Primus de 26 de enero de 2.017, entre otras), deberá someterlo a la necesaria contradicción de las partes, previamente a resolver (SSTJUE asuntos Banif de 21 de febrero de 2.013 y Banco Primus de 26 de enero de 2.017).

Por otro lado, considero que también podría el Juez del Concurso analizar el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de crédito o préstamo cuando por parte del deudor en concurso o del acreedor se impugne el crédito reconocido, por la vía del artículo 96.3 LC. O incluso en sede de un incidente concursal por incumplimiento contractual, al amparo de lo establecido en el artículo 61 LC interpuesto por el titular del derecho de crédito en virtud del contrato de préstamo o crédito.

Dicho lo anterior, ¿Contiene nuestra LC o nuestra LEC -por su carácter supletorio en lo no previsto en la Ley Concursal, con arreglo a la Disposición Final 5ª LC- una solución procesal para el análisis de dicha abusividad en el seno del procedimiento concursal?

La LC no contempla un trámite específico al efecto. En el caso de que se tramite una ejecución hipotecaria separada, el deudor podrá oponerse alegando la existencia de cláusulas abusivas, resultando de aplicación el trámite previsto en el artículo 695 LEC, que en el número 4º del apartado 1º contempla como causa de oposición “4ª El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese deter-

minado la cantidad exigible”. En caso de que el deudor se oponga a la ejecución, y con arreglo a lo que dispone el art. 695.2 LEC, “(...) el Secretario Judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar quince días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día”.

De estimarse la causa de oposición, “se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva” (art. 695.3 LEC).

El auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de la cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4º anterior podrá ser recurrido en apelación.

En la hipótesis de que el análisis de la abusividad de las cláusulas se realice de oficio por el Juez del concurso, en el seno de una ejecución separada o de un incidente concursal, será esencial que se someta la cuestión, antes de adoptar la decisión, a la previa contradicción de las partes afectadas.

Por último, cabría preguntarse si, caso de que como consecuencia del análisis de la abusividad de las cláusulas del contrato, tratándose de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca, cuyo titular haya sido reconocido en el concurso como acreedor con privilegio especial, la apreciación de la abusividad conlleva la pérdida del privilegio.

En mi opinión, si se trata de la nulidad de una cláusula del préstamo (p. ej., cláusula de interés de demora, vencimiento anticipado o de acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés, por citar las más frecuentes), la consecuencia de la apreciación de la nulidad por abusividad será la eliminación de la estipulación afectada del negocio, subsistiendo el resto del contrato, siempre que ello sea posible (artículo 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, artículo 83 TRLGDCYU y STJUE de 14 de junio de 2012 – Caso Banesto-), pero en nada afectaría al reconocimiento del privilegio (artículo 90 LC), que únicamente quedaría afectado en el caso de impugnación íntegra y declaración de nulidad del préstamo hipotecario en su totalidad o cuando se declarase la nulidad de una cláusula sin la cual el contrato ya no pudiera subsistir.