

SENTENCIA DE LA AP BARCELONA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2014 (CASO AZIZ): LA CUESTIÓN PROCESAL DE LA CONGRUENCIA

Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Fecha de publicación: 1 de abril de 2015

SUMARIO:

I. Introducción. II. La incongruencia por omisión de pronunciamiento. III. La incongruencia por *ultra petita*. IV. Conclusión

I. Introducción

1. La sentencia objeto de examen plantea el problema de la incongruencia en dos ámbitos diferentes:

a) Por un lado, el recurrente, demandante originario (Sr. Aziz), denunció la incongruencia omisiva de la sentencia de primera instancia, por no contener pronunciamiento expreso sobre la –a su juicio– pretensión esencial de su demanda, que era la petición de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, y ello a pesar de afirmar expresamente que estima la demanda.

En la demanda que dio origen al proceso el Sr. Aziz había solicitado, al amparo de la legislación protectora de los derechos de los consumidores, la declaración de nulidad de determinadas cláusulas, por su carácter abusivo, contenidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que había formalizado con una entidad financiera, y solo dudosamente podía entenderse que había pedido también la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. El Juzgado de lo Mercantil estimó la acción, extendiendo la declaración de nulidad incluso a algunas cláusulas cuya nulidad no había sido pedida, pero no se pronunció sobre la nulidad del procedimiento de ejecución,

razonando en los fundamentos que, aunque se discutiera la cantidad por la que se ejecutaba la hipoteca, no había duda acerca de la existencia de la deuda y del impago.

b) Por otro, la entidad financiera demandada, también recurrente en apelación, imputó a esa misma sentencia el vicio de incongruencia *ultra petita*, al entender que lo por ella resuelto iba más allá de lo que había sido solicitado por el demandante, al declarar nulas estipulaciones DEL CONTRATO que la propia demanda solicitaba que se declararan válidas.

2. Se trata de dos ámbitos distintos del requisito de la congruencia que deben ser analizados con criterios también diferentes; aunque sin duda es el segundo el verdaderamente importante. En mi opinión, son especialmente relevantes las consideraciones que la sentencia hace sobre el segundo de ellos (incongruencia por *extra petita*): primero, por el esfuerzo que realiza la mayoría para conciliar la legislación europea protectora de los consumidores, de naturaleza claramente social, si no pública, con los principios informadores del proceso civil español y, en concreto, el principio dispositivo, que hunde sus raíces en la naturaleza privado-disponible de los derechos y situaciones jurídicas sustanciales que, ordinariamente, son objeto de tutela en este proceso; y segundo, porque confrontando el criterio de la mayoría con el del voto particular formulado, se podrá apreciar cómo esa conciliación es más que discutible.

3. Derecho material y derecho procesal son dos realidades estrechamente relacionadas, de forma que cualquier desplazamiento que se produzca en el ámbito sustantivo desde lo privado (y disponible) a lo público (indisponible) tiene una repercusión inmediata en la distribución de los poderes del juez y de las partes dentro del proceso. Pues bien, este desplazamiento se ha producido en el ámbito -sustantivo- de los derechos de los consumidores. La dimensión social que había adquirido la protección de los legítimos derechos e intereses de los consumidores a partir de la LGDCU de 1984 se torna en una relevancia pública con la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y con la legislación europea, en especial, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, y la jurisprudencia que la interpreta; y, como consecuencia de ello, se actualizan y adaptan los instrumentos procesales utilizados para garantizar su eficaz protección, comenzando por el momento inicial de la misma que es el acceso de tales derechos e intereses a la justicia civil.

La LEC abordó la tutela de estos derechos de los consumidores y usuarios desde la doble dimensión individual y colectiva, previendo normas especiales (sobre legitimación y sobre efectos de la sentencia) solo en este segundo caso (tutela colectiva o difusa). Con la jurisprudencia del TJUE, y con las últimas reformas introducidas en la LEC (legitimación del MF) a que luego me refiero, la transformación de esta tutela se extiende también a los derechos individuales. La cuestión es si esta transformación se ha realizado en armonía con las exigencias del derecho sustancial porque, como decía CALAMANDREI en un ensayo célebre, derecho sustancial y derecho procesal son dos aspectos de una misma e indivisible realidad social, de suerte que, cuando se discute de reformas procesales y de los principios fundamentales en que deben inspirarse, no se puede dejar de tener presente que toda reforma procesal con la cual se trate de dar un diverso orden a las relaciones entre la actividad del juez y la actividad de las partes corre el riesgo, si no se hace en armonía con el derecho sustancial, de reaccionar sobre éste de un modo imprevisto, hasta el punto de constituir una reforma indirecta del derecho sustancial efectuada impensadamente a través del proceso.

II. La incongruencia por omisión de pronunciamiento

1. La omisión de pronunciamiento (sobre la pretensión de nulidad del procedimiento de ejecución) alegada es rechazada por la sentencia de apelación al entender que en la recurrida se contiene una desestimación implícita de la misma: “Aunque la resolución recurrida no haya dicho de forma explícita en el fallo que desestima la que hemos consideramos como pretensión principal de la demanda..., lo cierto es que esa pretensión debe considerarse sustancialmente desestimada por el juzgado mercantil”.

Cuando la sentencia de primera instancia dice que “Esa declaración de nulidad (de las estipulaciones que se consideran abusivas) tiene como consecuencia refleja la de que la cantidad reclamada en el proceso de ejecución no fuera líquida en los términos y cantidades que reflejaba aquella demanda”, se está refiriendo no propiamente “a una falta de liquidez de la deuda, sino a una cuestión bien distinta: a que no era correcto el importe de la misma que se había expresado en la demanda ejecutiva”. Por consiguiente, no concurría la falta de un presupuesto de la ejecución (liquidez de la deuda), que habría exigido un pronunciamiento estimatorio, sino “una simple pluspetición como consecuencia de que se hubieran computado los intereses de demora tomando en consideración una cláusula contractual que era nula por abusiva”.

Y este razonamiento es suficiente para entender implícitamente rechazada la petición de declaración de nulidad del procedimiento de ejecución, conforme a la jurisprudencia que entiende que las sentencias absolutorias no dejan de ser congruentes "aunque no

contengan detallados los pedimentos de la demanda que se rechazan, los cuales se integran en la total decisión y, por ello, no necesitan declaración expresa y pormenorizada del fallo" (STS 3 de marzo de 2004, RJ 2004/1757).

III. LA INCONGRUENCIA POR EXTRAPETITA

1. Más relevancia tiene, como digo, el problema acerca de si la sentencia adolece del vicio de incongruencia por *ultra petita*, por contener la declaración de nulidad de unas estipulaciones que no había sido pedida por la parte demandante.

La cuestión –dice la sentencia– “tiene una respuesta diferente en función de cuál se considere que es realmente el objeto del proceso”: el ejercicio de una acción de nulidad de una concreta estipulación o la acción de nulidad de un procedimiento hipotecario anterior (tesis de la sentencia de segunda instancia); aunque todavía cabría añadir la opinión del voto particular que considera a ambas objeto del proceso, siquiera la pretensión de nulidad del procedimiento solo pueda entenderse formulada de manera implícita.

Y para abordar la solución (del problema) hay que distinguir dos conceptos diferentes: la apreciación de oficio y la declaración (también de oficio) de la nulidad: “la apreciación de oficio es mucho menos que la declaración de oficio porque la primera presupone que le ha sido previamente atribuida la competencia al juez para conocer de una concreta estipulación, de forma directa (mediante una acción de nulidad o que lleve implícita la nulidad, como es el caso de la acción de cesación) o de forma indirecta (cuando, como ocurre en el despacho de la ejecución o en la admisión a trámite de un proceso monitorio, deba ser objeto del enjuiciamiento la regularidad del título y de la obligación que incorpora). La declaración de la nulidad de oficio implica ir mucho más allá que la simple apreciación porque parece presuponer la idea de que ni siquiera existe un acto de parte atributivo de la competencia al juez para conocer de la acción de nulidad”.

a) En el primer caso (el objeto es la acción de nulidad de una estipulación), el juez no puede declarar la nulidad de una concreta estipulación que no le ha sido pedida: “La cuestión es si son distintas las cosas cuando, a pesar de que el consumidor es parte actora en el proceso, su petición de tutela es absolutamente ajena a una estipulación que el juez puede apreciar como abusiva. No creemos que tampoco en este caso pueda ni deba entrar el juez en el examen de esa estipulación de forma independiente a la concreta tutela solicitada porque al hacerlo infringiría el principio de la demanda.

Tampoco en este caso le habría sido atribuida por la parte la competencia para pronunciarse sobre esa cuestión”.

La sentencia, pues, no considera que nos encontremos dentro de los casos excepcionales en que la jurisprudencia ha admitido la declaración de oficio de las causas de nulidad de los contratos, que se encuentran recogidos, por ejemplo, en la STS de 21 mayo de 2012 (RJ 2012/6533). Haciendo suya la contenida en la anterior STS de 30 de junio de 2009, recuerda dicha sentencia la doctrina restrictiva sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad radical de los negocios jurídicos, es decir, cuando las partes no la han planteado (vía acción o excepción) o la han alegado extemporáneamente: "sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de negocios jurídicos sin haberla pedido ninguna de las partes, es cierto que tal posibilidad se admite por la jurisprudencia de esta Sala con base en el art. 6.3 CC (así, SSTs 3-12-01, 17-1-00, 18-2-97 y 15-12-93); pero no lo es menos que la misma jurisprudencia exhorta a la prudencia y moderación de los tribunales tanto a la hora de ejercer dicha facultad como a la de declarar la nulidad total en vez de la solamente parcial (p. ej. SSTs 10-4-07, RJ 2007/3407, 22-7-97 y 22-3-65), pues la sanción de nulidad debe reservarse para los casos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público”.

b) En el segundo, en cambio, teniendo en cuenta cuál es el objeto real del proceso (la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución), “el juzgado estaba facultado para entrar en el examen de oficio de las estipulaciones contractuales cuya declaración de nulidad no fue pedida en la demanda, pero podían tener repercusión en el objeto del referido procedimiento de ejecución hipotecaria”; pero –insiste– no lo estaba “para llevar el resultado de ese examen al fallo en forma de pronunciamiento declarativo sobre la nulidad de las mismas”, es decir, para pronunciarse sobre ellas como pretensiones autónomas, porque no fue pedida en la demanda.

2. Con respecto a este segundo supuesto, dice la Audiencia (criterio de la mayoría) que para justificar esa conclusión no es preciso forzar la forma de entender los principios inspiradores del proceso civil (no solo del español sino el de todos los países de nuestro entorno, sin excepción): ni el principio de congruencia ni el principio dispositivo en el que se fundamenta. “Basta –dice– con entenderlo(s) de forma adecuada y poniéndolo(s) en relación con la acentuación de los poderes de oficio del juez civil que se produce en el caso del enjuiciamiento de procesos de consumo como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13 y conseguir la adecuada protección de los derechos de los consumidores”. Porque “es inconcebible que el principio dispositivo pueda considerarse derogado por exigencia de la efectividad

del derecho comunitario porque ese principio dispositivo o de la demanda informa también el derecho comunitario”.

A tal fin, continúa la sentencia, hay que distinguir entre los dos ámbitos en los que actúa este principio informador del proceso: a) el inicio de la actividad jurisdiccional, que únicamente es posible a instancia de parte; y b) la determinación del objeto del proceso a través de la expresión de la causa de pedir y el *petitum*.

a) En el primero de esos dos ámbitos “no existe posibilidad de excepción alguna al principio dispositivo”. Obviamente, hay que entender que la sentencia se está refiriendo a cuando se solicita la tutela de derechos individuales disponibles, porque la petición de tutela jurisdiccional es una forma de disponer del derecho; no, en cambio, a los casos en que el proceso civil es el cauce para la tutela de derechos indisponibles, e incluso de intereses públicos.

Al respecto, hay que tener en cuenta que la Ley 3/2014 ha introducido un nuevo apartado 5 en el art. 11 LEC en el que se reconoce legitimación al MF “para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios” y, por tanto, también de los derechos e intereses de naturaleza individual. Al reconocer esta legitimación la Ley eleva los intereses sustanciales en juego al rango de interés público; es decir, tomando las palabras de Calamadre que cité al comienzo de esta nota, con la nueva norma procesal se ha producido una alteración del derecho sustancial. La cuestión es si esta alteración ha sido realmente querida, con todas las consecuencias que comporta. Al tema le dediqué una nota anterior, a la que me remito¹.

b) En el segundo de los ámbitos (la determinación del objeto del proceso) la sentencia considera que es preciso distinguir entre el *petitum* y la causa de pedir.

bi) Con respecto al primero dice que los poderes de oficio del juez civil no se puedan extender hasta el extremo de permitirle modificar completamente el objeto del proceso. Lo cual no está reñido, tal y como la jurisprudencia viene admitiendo desde antiguo, con la posibilidad de reconocer al órgano judicial la facultad de interpretar las peticiones hecha por la parte, que puede llevar a modificar su sentido literal y a sustituirlas por otras más acordes a las verdaderas intenciones de la demanda (esto es, por lo demás, lo que hace la propia sentencia de apelación al interpretar que el verdadero objeto del proceso es la

¹ CORDON, MORENO, F., *Reformas procesales introducidas por la ley 3/2014, de 27 de marzo. En especial, la legitimación del ministerio fiscal para el ejercicio de las acciones en defensa de los consumidores*, en “Revista CESCO de Derecho de Consumo”, 2014, nº 9, págs. 27-32

declaración de nulidad del proceso de ejecución); o también la de pronunciarse sobre pretensiones implícitas, tal y como reconoce la jurisprudencia (v., por ejemplo, la STS 3 enero 2007, RJ 2007/813), que ha admitido que puedan incluirse en la sentencia aquellos extremos que, aun no solicitados expresamente en la demanda, sean consecuencia necesaria de los hechos contemplados y los pedimentos en ella contenidos (STS 22 marzo 1991, RJ 1991/2431).

bii) Es en la causa de pedir donde entiende la sentencia (el criterio de la mayoría) que “puede existir un mayor recorrido para flexibilizar el rigor de algunos sistemas procesales, como el nuestro, que es especialmente restrictivo de los poderes de oficio del juez en la forma de concebir la congruencia en relación con las cuestiones que puede tomar en consideración”. Y por eso: cuando el consumidor es parte ejecutada, se reconoce al juez la facultad de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas (arts. 552.1, II LEC); y cuando es demandante, la posibilidad de que la pretensión ejercitada pueda ser estimada con fundamento en razones distintas a las esgrimidas en la propia demanda, esto es, incluso en el caso de que esas razones pudieran llegar a fundar causas de pedir distintas no invocadas.

En este caso, concluye la sentencia, el límite está, al menos en principio, en las propias peticiones de la demanda, ya que es posible estimar una pretensión ejercitada con base en una causa distinta, pero no pronunciarse sobre una pretensión que no haya sido ejercitada. Y en este punto es donde radica la discrepancia fundamental del voto particular, que entiende que “la jurisprudencia del TJUE es tan potente en cuanto a la defensa de los derechos de los consumidores que permite o, todavía más, impone al tribunal nacional extender su ámbito de conocimiento a cuantas cuestiones que, aun no habiendo sido planteadas por el consumidor, afecten a la protección que las directivas comunitarias le confieren. Y no solo cuando ocupa la posición de demandado o ejecutado, sino cuando es el mismo quien acciona, como es el caso contemplado por la STJUE de 03/10/2013, Duarte Dueros, que comenta la sentencia de la que discrepo”.

Por eso, esta sentencia, en la que el tribunal, desestimada la pretensión principal ejercitada por el consumidor (resolución contractual) estimó otra que no había sido acumulada subsidiariamente (la condena a la reducción del precio), es considerada conforme con la jurisprudencia comunitaria por el voto particular y criticada por la mayoría. También a esta sentencia dediqué una nota anterior, a la que me remito².

² CORDON MORENO, Faustino, *La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor* (STJUE de 3 de octubre de 2013), en Revista CESCO de Derecho de consumo, nº 8/2013 (29 de octubre de 2013), págs. 522-528.

IV. Conclusión

La sentencia (el criterio de la mayoría) alcanza la siguiente conclusión: “En resumen, el ámbito de los poderes de oficio del juez civil en el enjuiciamiento de cuestiones relacionadas con la Directiva comunitaria 1993/13 no supone una práctica derogación del principio dispositivo sino exclusivamente el reconocimiento al juez de la facultad de pronunciarse sobre todas aquellas cuestiones relevantes para la suerte de la pretensión ejercitada por el consumidor o frente al consumidor”.

Sin embargo, me parece que esta conclusión, que, a mi juicio, debería ser la correcta, no deriva de estos dos datos que ya han sido puestos de manifiesto con anterioridad: a) el reconocimiento de legitimación al MF para el ejercicio de todo tipo de acciones en defensa de los derechos de los consumidores y, por tanto, no solo de las colectivas, sino también de las individuales; y b) la asimilación que hace la sentencia –incurriendo en una clara contradicción- del “tratamiento del control de contenido de los contratos en los que intervienen un consumidor y un empresario predisponente” a “los casos más graves de nulidad del negocio jurídico”, en los que la jurisprudencia ha admitido, siquiera sea excepcionalmente, la declaración de oficio de causas de nulidad no alegadas”.

Con independencia del caso concreto resuelto por la STJUE de 03/10/2013 (caso Duarte Dueros) y de lo discutible de su fundamentación en el artículo 400 LEC, la pregunta es si las dos premisas que acabo de mencionar son asumidas por el derecho comunitario de protección de los consumidores; o mejor, la segunda, porque la primera ya está aceptada positivamente. Y si la respuesta es afirmativa, como entiende el voto particular formulado a la sentencia, la conclusión deberá ser que el principio dispositivo habrá cedido el paso al de oficialidad de la acción en el ámbito del derecho del consumo: bien como resultado de la elevación del mismo, de forma consciente, a la categoría de derecho público, bien porque este es el resultado alcanzado por las reformas procesales introducidas.