



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL
ORDEN CIVIL
Nº 7 SEPTIEMBRE 2016
EDICIÓN: AJFV
MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV
DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL
COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín



ÍNDICE

1.- Responsabilidad de los Estados de la Unión cuando sus tribunales incumplen la Directiva 93/13/CEE.

STJUE *Tomášová* de 28/7/2016

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. JAIME ANTA GONZÁLEZ, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander

2.- Algunas consideraciones sobre el derecho de alimentos en el concurso consecutivo de persona natural no empresaria.

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. CARLOS PUIGSERVER ASOR, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

1.- STJUE TOMÁŠOVÁ DE 28/7/2016

JAIME ANTA GONZÁLEZ

Ejecución de una resolución arbitral sin depuración de oficio de cláusulas abusivas. Reclamación de indemnización al Estado por la ejecutada basada precisamente en que se omitió ese examen de oficio. Concepto del control de oficio de cláusulas abusivas como deber (tan pronto como se disponga de los elementos necesarios), que no facultad, desde la STJUE Pannon de 4/6/2009. Requisitos para hacer responder al Estado: norma que crea derechos para los particulares, violación suficientemente caracterizada y nexo causal con el daño, y si la vulneración proviene de un órgano judicial que la resolución sea de última instancia y la vulneración manifiesta. No hay tal si la resolución recae cuando la jurisprudencia del TJUE no es clara.

COMENTARIO

El caso que llega al TJUE es significativo: la Sra. Tomášová, jubilada, con una pensión de 347 € por único ingreso, recibe un préstamo de 232 € y, al caer en mora, un segundo por igual suma. Pero su deuda deriva de un contrato de adhesión que incorpora una cláusula que atribuye competencia exclusiva para resolver los litigios contractuales a un tribunal arbitral cuya sede está a más de 400 kilómetros de su domicilio, que fija el tipo de intereses de mora en 91,25 % anual y donde no se indica el TAE. Pese a ello, es condenada por el tribunal arbitral y se procede a su ejecución en sede judicial. Estando en curso tal ejecución la Sra. Tomášová reclama al Estado (Ministerio de Justicia) eslovaco una indemnización de 2.000 € fundada en que se ejecuten contra ella resoluciones fundadas en una cláusula de arbitraje abusiva al objeto de cobrar créditos determinados por una cláusula abusiva.

El tribunal eslovaco se pregunta, entre otras cosas, en qué condiciones una resolución judicial dictada en un proceso de ejecución forzosa de un laudo arbitral que estima una pretensión de condena al pago de créditos en virtud de una cláusula abusiva puede generar responsabilidad patrimonial en el Estado miembro. Con ello el TJUE tiene ocasión de conectar uno de sus principios esenciales (el que predica la responsabilidad de los Estados frente a los particulares por incumplimiento del Derecho de la Unión) con la relevante jurisprudencia que de un tiempo a esta parte ha venido sentando a propósito de la Directiva de consumo.

Es bien sabido que son cuatro los principios esenciales del Derecho de la Unión: efecto directo (s. *Van Gend&Loos* 5/2/1963) primacía (s. *Costa vs Enel* 15/7/1964) interpretación conforme (s. *van Colson* 10/4/1984) y responsabilidad de los Estados (s. *Francovich* 19/11/1991) y si cabe afirmar que el TJUE, con la importante doctrina desarrollada a propósito de la Directiva 93/13, había podido incidir en los tres primeros hasta esta resolución no había tenido oportunidad de poner en conexión sus revolucionarias tesis en materia de consumo con este que bien cabe calificar como cuarto escalón del acervo comunitario. Conviene, pues, que los jueces nacionales prestemos atención a lo que tiene que decir el TJUE al respecto a fin de evitar que nuestros tropiezos hagan incurrir en responsabilidad al Estado.

La sustancia del caso concierne a la doctrina de la interdicción de oficio de las cláusulas abusivas en contratos entre consumidores (y, más en concreto, en el proceso de ejecución de un laudo arbitral) lo que da oportunidad al TJUE de reevaluarla. Esta conocida inteligencia, que ha aportado un estimable avance en la protección de los consumidores, se inicia con la s. *Océano Grupo Editorial* de 27/4/2000 más no permanece inalterada sino que experimenta una evolución que el Abogado General Wahl aborda en sus Conclusiones (apartados 63 y ss.) y cuya tesis acepta el TJUE: lo que en inicio se diseña como facultad en un momento dado pasa a conceptuarse como deber para el juez. Es interesante que el TJUE precisa que este deber no

no opera en todo caso y sí sólo «*tan pronto como se disponga de los elementos de hecho y derecho necesarios*» según una conocida fórmula más, por otra parte, precisamente este carácter obligatorio es el que puede hacer responder al Estado así que la importancia del matiz es capital.

No sin una refrescante autocrítica (el Abogado General reconoce en los ap. 63 y 65 de sus Conclusiones la ambigüedad de la jurisprudencia sobre si el control de oficio es deber o facultad, reconfortando a quienes padecemos su, en ocasiones, tono oracular) se señala como momento en que se consolida esa transformación de facultad a obligación la s. *Pannon* 4/6/2009. Esto es discutible y bien pudiera pensarse que esa doctrina en realidad nació antes con la STJUE *Mostaza Claro* de 26/10/2006. Si no lo estiman así Abogado General y TJUE es porque piensan que pese a que la s. *Mostaza Claro* definió el control de oficio como deber lo hizo *obiter dicta*. Y es discutible porque si el juzgado (español) preguntó si «*puede*» en su fallo la s. *Mostaza Claro* dijo «*ha de*», en desplazamiento lógico similar al ocurrido en la no menos significativa s. *PénzügyiLizing* de 9/11/2010.

En todo caso el TJUE recuerda los requisitos de generación de responsabilidad de los Estados por perjuicios causados a particulares por violación del Derecho de la Unión, precisados en la s. *Brasserie du pêcheur y Factortame* de 5/3/1996 que son tres: 1. norma vulnerada creadora de derechos a particulares, 2. violación suficientemente caracterizada y 3. causalidad directa entre violación y daño. Y también recuerda que el Estado responde cuando el vulnerador, incluso por omisión, sea su poder judicial (innovación que introduce la s. *Köbler* de 30/9/2003) aunque sólo en determinadas condiciones, que son que el órgano judicial resuelva en última instancia (s. *Traghetti del Mediterraneo* de 13/6/2006 y *Târş iade* de 6/10/2015), idea esta que el TJUE ratifica frente a alguna opinión doctrinal que pedía más y que la vulneración del Derecho de la Unión sea manifiesta. Esto no es nuevo. Lo que sí es novedoso (y muy relevante) es que el TJUE precise que la Directiva 93/13 (y para el Abogado General no sólo la Directiva sino la misma doctrina del TJUE) confiere derechos a los particulares que los juzgados

deben amparar y su estudio sobre cuándo y cómo cabe hablar de vulneración manifiesta de esta Directiva, singularmente en relación con la interdicción de oficio de cláusulas abusivas.

Como se ha dicho en relación con este concreto detalle se remite a la s. *Pannon* y con ello exculpa en el caso estudiado al Estado (porque las decisiones judiciales vulneradoras eran posteriores) pero sienta una doctrina que, interpretada *a sensu contrario*, extiende una inequívoca presión sobre los juzgados españoles últimamente empeñados en metabolizar la jurisprudencia del TJUE. Si se desdeña su interpretación consolidada el Estado responde. Desde la STJUE *Pannon* el control de oficio es obligación. Estas dos son las principales enseñanzas de la sentencia analizada.

Se impone una intensa atención pues de no respetar los pronunciamientos consolidados del TJUE se puede hacer incurrir a nuestro Estado en responsabilidad para con los consumidores mal protegidos, que podrían indemnizarse por responsabilidad patrimonial. No sobra apuntar que desde esta perspectiva constituyen un alivio para las arcas públicas las Conclusiones del Abogado General recaídas el día 14/7/2016 en el marco de la primera cuestión prejudicial concerniente a la cláusula suelo. Y se consolida la tesis de que el control de las cláusulas abusivas es un control de legalidad, no de equidad, y, rectamente entendido, enteramente desprovisto de voluntarismo.

2.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE ALIMENTOS EN EL CONCURSO CONSECUTIVO DE PERSONA NATURAL NO EMPRESARIA

CARLOS PUIGCEVER ASOR

La incorporación a nuestro Derecho de la segunda oportunidad para el deudor persona natural no empresaria ha producido un ligero incremento de los concursos de éstos, hasta entonces porcentualmente irrelevantes en comparación con los concursos de personas jurídicas, adquiriendo protagonismo cuestiones que rara vez se suscitaban. Entre ellas, se encuentra el derecho de alimentos en el concurso consecutivo de persona natural no empresaria (en adelante, CCPNNE).

Este trabajo se afronta como una primera aproximación para que el lector pueda distinguir los diversos supuestos recogidos en la norma, su tratamiento y su calificación, bien como crédito contra la masa o bien como crédito ordinario, pues de ésta depende en la mayoría de los casos que el crédito sea incobrable y directamente exonerable, sin que se pretenda por razones de extensión abordar de manera completa la profusas y complejas cuestiones que se suscitan.

EL DERECHO DEL CONCURSADO Y SU FAMILIA NUCLEAR A PERCIBIR ALIMENTOS

La Ley Concursal (en adelante, LC) al abordar el derecho a alimentos distingue diversos supuestos, el primero de ellos, contemplado en el artículo 47.1 LC, es el derecho del concursado a percibir alimentos con cargo a la masa para satisfacer sus necesidades y, en su caso, las de su cónyuge o pareja de hecho y los descendientes bajo su potestad. Se trata de situaciones en que el concursado tiene el estado civil de soltero, casado, con pareja de hecho inscrita con voluntad de formar un patrimonio común (artículo 25.3 LC) o viudo, en todos los casos con o sin descendientes bajo su potestad, lo que incluye no sólo a los menores, sino también a los mayores de edad incapacitados y sujetos a patria potestad rehabilitada o prorrogada.

En estos casos, la legitimación para pedir es del propio concursado, que solicitará alimentos para sí y, en su caso, para los que con él conviven cuyas necesidades se tendrán en cuenta para calcular la cuantía de una única prestación alimenticia periódica sin que a los convivientes se les conceda legitimación propia.

Por quienes se sustenta la legitimación de los convivientes se afirma que en el párrafo segundo del artículo 47.1 LC al utilizarse la expresión “previa solicitud de cualquiera de ellas” se les legitima para pedir la modificación del importe y periodicidad, por lo que, teniendo legitimación para modificar dichos aspectos, la deben tener también para solicitarla. Dicho argumento se fundamenta, a mi parecer, en una premisa incorrecta, pues la referencia a “cualquiera de ellas” debe entenderse hecha al concursado y a la administración concursal, de tal suerte que los convivientes no tendrían legitimación para pedir, ni para solicitar la modificación de la cuantía o periodicidad. Piénsese, además, que el cónyuge e hijos convivientes no son sujetos de un derecho de alimentos, sino del deber de mutuo auxilio y asistencia.

El precepto solo contempla como requisitos para su obtención la existencia de bienes suficientes en la masa para atenderlos y el estado de necesidad del concursado, sin embargo, dado que el CCPNNE se inicia en la fase de liquidación (artículo 242 bis.1.10° LC), el concepto de necesidad se contrae de tal suerte que sólo procederá la fijación de alimentos cuando fuera imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado, su cónyuge, pareja de hecho o descendientes bajo su potestad (artículo 145.2 LC).

La decisión sobre su concesión, cuantía y periodicidad corresponde al juez del concurso -pues siendo un CCPNNE el concursado tendrá suspendidas las facultades de administración y disposición al iniciarse directamente en liquidación (artículo 242 bis.1.10° LC y artículo 145.1 LC)-, debiendo dar previa audiencia al concursado y al administrador concursal. Su cuantía y periodicidad vendrá determinada por su objeto (cubrir las necesidades mínimas) y la suficiencia de la masa.

Finalmente, debe hacerse hincapié en que, conforme al artículo 76.2 LC, no forman parte de la masa activa del concurso los bienes legalmente inembargables que, por tanto, no se ven afectados por el concurso, teniendo el concursado plena disponibilidad sobre los mismos, de tal suerte que si el concursado tiene ingresos legalmente inembargables que sean suficientes para cubrir esas necesidades mínimas no procederá concederle alimentos, debiendo atenderlas con aquellos ingresos.

EL DERECHO A ALIMENTOS DE LOS ASCENDIENTES, LOS HERMANOS Y LOS DESCENDIENTES CON PLENA CAPACIDAD DEL CONCURSADO

Un segundo supuesto lo encontramos en el apartado dos del citado artículo 47 LC, son los alimentos que no derivan de los procesos a que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), es decir, se trata de los alimentos en favor de los ascendientes, de los hermanos y de los descendientes del concursado no sometidos a su potestad, respecto de las cuales el deudor concursado tuviere el deber legal de alimentos.

En este caso la legitimación corresponde a los propios titulares del derecho a los alimentos, diferenciándose el tratamiento según que la obligación de prestarlos se hubiera establecido en una resolución judicial anterior o posterior a la declaración del concurso. En el caso de que los alimentos hubieran sido fijados por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso, éstos se satisfarán con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez de concurso, teniendo en cuanto al exceso la consideración de crédito concursal ordinario. Nada dice el precepto respecto del supuesto en que el juicio de alimentos se encuentra en tramitación en el momento de la declaración del concurso. A mi entender, en estos supuestos, deberá proseguirse el proceso hasta que se dicte sentencia firme (artículo 51.1 LC y en sentido contrario el artículo 51 bis LC), si bien deberá la administración concursal sustituir al deudor en el proceso en trámite, sin perjuicio de que éste pueda mantener su representación y defensa separada (artículo 50.2 LC).

Por el contrario, cuando no hubiera precedido resolución judicial, una vez declarado el concurso, sólo podrán obtenerlos con cargo a la masa si:

- no pueden percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos;
- han ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debieron percibirse;
- han obtenido previa autorización del juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía.

En definitiva, la percepción efectiva de alimentos depende de la decisión del juez del concurso, pues será éste el que resuelva qué importe de la pensión de alimentos, fijada antes o después de la declaración del concurso, se satisfará con cargo a la masa.

Finalmente, surge la importante cuestión de si la previsión del artículo 145.2 LC se extiende a este supuesto o restringe sus efectos a los alimentos del concursado y sus convivientes. Existen posiciones contrapuestas en la doctrina científica, si bien considero que la referencia del propio precepto al concursado, cónyuge, pareja de hecho y descendientes bajo su potestad conduce a una interpretación restrictiva que comprende únicamente el supuesto del artículo 47.1 LC; una interpretación contraria haría perder su sentido al artículo 47.2 LC en el ámbito del CCPNNE que se inicia directamente en la fase de liquidación.

LOS ALIMENTOS FIJADOS EN LOS PROCESOS A QUE SE REFIERE EL TÍTULO I DEL LIBRO IV DE LA LEC (MATRIMONIAL, CAPACIDAD Y MENORES)

El tercer supuesto se regula, no en el artículo 47 LC como sería de esperar en una adecuada sistemática, sino en el artículo 84.2.4º LC. Conforme a éste, los alimentos fijados en los procesos a que se refiere el título I del libro IV de la LEC son siempre créditos contra la masa en toda su extensión, con independencia de que se hayan establecido por resolución judicial posterior a la declaración del concurso por el juez de primera instancia o se hayan

devengado con posterioridad a la declaración del concurso aunque tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad.

Dicho precepto, coherenciándose con el reparto competencial del artículo 8.1^a LC, deja clara la intangibilidad de la pensión de alimentos acordada por el tribunal de familia, de tal manera que el juez del concurso no podrá modificar su cuantía.

Ahora bien, pese a que la redacción del precepto y la utilización del término “siempre” puedan inducir a pensar lo contrario, el crédito por alimentos no tendrá en todo caso la consideración de crédito contra la masa, al contrario, sólo podrá satisfacerse con cargo a la masa la pensión de alimentos que se hubiera fijado con posterioridad a la declaración del concurso -con independencia de la fecha en la que se inició el proceso, pues lo determinante es la fecha de la resolución judicial- y aquellas pensiones establecidas en resolución anterior a dicha declaración de concurso pero que se devenguen con posterioridad a la misma.

Por otra parte, se debe precisar que dicho tratamiento depende de que sea una pensión establecida en el marco procedimental previsto en el título I del Libro IV de la LEC, por lo que el hecho de que los hijos del concursado hubieran alcanzado la mayoría de edad, una vez declarado el concurso, es intrascendente a los efectos expresados, sin que quepan consideraciones por el hecho de que ya no se encuentren bajo la potestad del concursado, pues la pensión acordada en el seno de un proceso matrimonial es intangible para el juez del concurso en cuanto a su cuantía y calificación, sin perjuicio de la acción que compete para su modificación o extinción en el caso de que el descendiente tenga autonomía económica.